REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 60 – ANO 10
NOVEMBRO E DEZEMBRO DE 2023

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 61
c) Embargos de Declaração 310

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 314
b) Apelações 330
c) Apelações/Remessas Necessárias 444
d) Conflito de Competência 456
e) Embargos de Declaração 460

2- Jurisprudência Criminal:

a) Apelações 465
b) Embargos Infringentes 579
c) *Habeas Corpus* 582
d) Mandados de Segurança 608
e) Recursos em Sentido Estrito 612
f) Revisões Criminais 627

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 647
b) Ações Penais/Procedimentos Ordinários 697
c) Agravos Internos 706
d) Agravos Regimentais 714
e) Arguições de Inconstitucionalidade 723
f) Conflitos de Competência 738
g) Mandados de Segurança 766
h) Representações Criminais 783

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 791
b) Apelações 794
c) Conflitos de Competência 833
d) *Habeas Corpus* 841

5- Câmara Especial de Presidentes 851

6- Conselho Superior da Magistratura 883

7- Noticiário 899

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. 60, nov./dez. 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 CÉSAR MECCHI MORALES
Desembargador José Carlos COSTA NETTO***
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 RENATO RANGEL DESINANO***
Desembargador Alberto MARINO NETO
Desembargador MARCO FÁBIO MORSELLO
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 FRANCISCO Carlos Inouye SHINTATE
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 — 9:30 horas — PJ)

Desembargadora ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador FRANCISCO GIAQUINTO***
Desembargador NELSON JORGE JÚNIOR
Desembargador MAURÍCIO SIMÕES DE ALMEIDA BOTELHO SILVA**
Desembargador MARCIO TEIXEIRA LARANJO**

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 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**

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
Desembargadora CLAUDIA CARNEIRO CALBUCCI RENAUX**
Desembargador SIDNEY DA SILVA BRAGA**

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 — SEGUNDA-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 — SEGUNDA-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 RICHARD PAULRO PAE KIM**

GRUPO ESPECIAL DE CÂMARAS DE DIREITO AMBIENTAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 612)

1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (sala 604 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO***
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN

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

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

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL

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

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

Desembargador Luiz Antonio FIGUEIREDO GONÇALVES
Desembargador MÁRIO DEVIENNE FERRAZ***
Desembargador IVO DE ALMEIDA
Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO
Desembargadora ANA PAULA ZOMER
Desembargador DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ**

2ª Câmara de Direito Criminal (sala 609 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FRANCISCO ORLANDO de Souza
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI***
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador LUIZ FERNANDO VAGGIONE
Desembargador LAERTE MARRONE de Castro Sampaio
Desembargador ANDRÉ CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA**

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA — PJ — (todas telepresenciais)

3ª Câmara de Direito Criminal (salas 407/425 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador LUIZ ANTONIO CARDOSO
Desembargador Luiz TOLOZA NETO***
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador GILBERTO Ferreira da CRUZ
Desembargadora MARCIA Lourenço MONASSI
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 ADILSON PAUKOSKI SIMONI**
Desembargador JOSÉ ERNESTO DE SOUZA BITTENCOURT RODRIGUES**

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

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

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA OU 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
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
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
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
Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva
Marcelo Ielo Amaro
Cláudia Carneiro Calbucci Renaux
Sidney da Silva Braga

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2041336-47.2023.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que são agravantes JCR INCORPORADORA LTDA. e REYNALDO PUENTE FILHO, é agravado JOÃO FABIANO DA SILVA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. INDICADO PARA JURISPRUDÊNCIA. SUSTENTOU: ADV. Lucas Maiello (OAB/SP 407.626)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.331) (EMP-DIG)**

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

São Paulo, 17 de outubro de 2023.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão que deferiu o requerimento pela averbação da existência do processo em registro de matrícula de imóveis - Alegação de que medida recaiu indevidamente sobre patrimônio de afetação de sociedades de propósito específico constituídas pela incorporadora agravante para execução de sua atividade e ausência dos requisitos indispensáveis à concessão da tutela provisória - Pertinência - Expedição de certidão premonitória cabível apenas nas hipóteses de bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade (CPC, art. 828) - Previsão legal de regime de afetação sobre bens vinculados a incorporação imobiliária (art. 31-A, caput e § 1º, Lei n. 4.591/64) - Patrimônio das sociedade de propósito específico que não se confunde com o do incorporador - Imóveis para os quais requerida a expedição de certidão premonitória insuscetíveis de penhora, arresto ou indisponibilidade no caso concre-

Acesso ao Sumário

to, porque não compõem o patrimônio da Devedora - Decisão reformada - Agravo de instrumento provido. Dispositivo: Deram provimento ao recurso.

VOTO

Agravo de instrumento interposto por **JCR Incorporadora Ltda**. e **outro** dirigido à r. decisão interlocutória proferida pelo Exmº Dr. Pedro Luiz Alves de Carvalho, MM. Juiz de Direito da E. 5ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba, nos autos da denominada "ação de reconhecimento e dissolução parcial de sociedade c/c apuração de haveres" promovida pelo Agravado em face dos Agravantes e do Terceiro interessado, nos seguintes termos (fl. 732-733 na origem):

Vistos.

Trata-se de ação de reconhecimento de sociedade de fato, dissolução parcial e apuração de haveres.

O Autor pretende, em liminar, seja requisitado à CEF documentos sobre financiamentos de empreendimentos da JCR, empresa requerida e alvo da dissolução parcial, bem como requerer averbação da existência da ação nas matrículas dos imóveis descritos no item b de folha 34 e, por fim, a exibição dos contratos de aquisição destes imóveis.

Após intensa análise dos argumentos e documentos apresentados, reconheço presente os requisitos legais para conceder em parte a medida liminar pretendida, como forma de assegurar a transparência das informações em caso de futura e eventual apuração de haveres, defiro averbação da existência desta ação na matrícula dos imóveis descritos no item b de folha 34, bem como a apresentação pelos Requeridos dos respectivos contratos de aquisição destas unidades imobiliárias no prazo de 15 dias.

Quanto ao pedido de item "a" de folha 34, tratam-se de documentos que podem ser obtidos futuramente, não vislumbrando a alegada urgência, de modo que fica indeferido.

Diante das especificidades da causa e de modo a adequar o rito processual às necessidades do conflito, deixo para momento oportuno a análise da conveniência da audiência de conciliação. (C.P.C., artigo 139, V e Enunciado n.35 da ENFAM). Ressalto que o requerido deverá esclarecer em contestação se tem efetivo interesse na designação de audiência de tentativa de conciliação.

Cite-se e intime-se a parte Ré para contestar o feito no prazo de 15(quinze) dias úteis.

A ausência de contestação implicará revelia e presunção de veracidade da matéria fática apresentada na petição inicial. A presente citação é acompanhada desenha para acesso ao processo digital, que contém a íntegra da petição inicial e dos documentos. Tratando-se de processo eletrônico, em prestígio às regras fundamentais dos artigos 4º e 6º do C.P.C. fica vedado o exercício da faculdade prevista no artigo 340 do

Acesso ao Sumário

C.P.C..
Em caso de apresentação de pedido reconvencional, a parte ré deverá observar o disposto no Comunicado 786/2021/2021 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo - Publicado no DJE 05.04.2021 (1) RECONVENÇÃO: a) a contestação que contenha pedido reconvencional ou a reconvenção deverão ser oferecidas por peticionamento eletrônico intermediário: "Petição Diversa", Códigos "7848 - Contestação com Reconvenção" ou "7850 - Reconvenção").

Inconformados, os Recorrentes asseveram que, uma vez que a aquisição de imóveis é, em geral, realizada por terceiros investidores, afigurando-se a coagravante pessoa jurídica como sócia desses investidores (conforme contratos sociais) nas SPE's constituídas para futura incorporação, entendendo-se como incorporação a preparação de todos os documentos necessários, aprovações em órgãos competentes, realização de projetos, obtenção de financiamento, e início e conclusão de obras civis até a entrega aos respectivos adquirentes, ao contrário do alegado pela parte contrária, não são proprietários dos imóveis, mas sim de quotas de uma sociedade que detém em seu ativo um imóvel em parceria com outros sócios, imóvel esse que, após concluídas todas as etapas da incorporação, deixará de existir como um todo para transformar-se em pequenas frações de titularidade de terceiros.

Dizem que, ao determinar a averbação da ação na matrícula dos imóveis de titularidade das SPE's, se está a obstruir, para não dizer inviabilizar, a própria atividade da suplicante, isto sem se falar na intervenção em patrimônio e direitos de terceiros, pois, considerando os imóveis já incorporados e em fase de construção, tem-se que as matrículas encontram-se gravadas por hipoteca ao banco financiador e, em razão de ser este aquele que injeta os recursos financeiros para realização das obras, é de fácil conclusão que, diante das inúmeras restrições que o financiador impõe ao financiado (SPE titular do empreendimento), a restrição obstará qualquer liberação de novo recurso para continuidade da obra.

Arguem que a jurisprudência pátria admite a penhora do patrimônio de afetação somente quando a dívida é originária do próprio empreendimento e não de responsabilidade do incorporador, e que a r. decisão agravada carece de todos os elementos essenciais à sua concessão porquanto não há prova inequívoca do direito em que se funda o Agravado, tão pouco fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, e, com maior relevância, a possibilidade de reversão dos danos reflexos da medida, de forma que a manutenção de restrições em matrículas dos empreendimentos nos quais a Agravante figura como sócia e obrigada perante terceiros poderá ensejar, como já salientado, a frustração de sua própria atividade, residindo, aí, a possível irreversibilidade da medida.

Pugnam pelo provimento do recurso para reformar a decisão combatida para suspender definitivamente qualquer registro da existência da ação de origem em matrículas de empreendimentos nos quais a agravante figura como

Acesso ao Sumário

sócia. (fl. 1-11).

Preparo em fl. 12-13.

Recurso tempestivo: a decisão impugnada foi proferida em caráter liminar, os Agravantes deram-se por citados em 24 de fevereiro de 2023 e o recurso foi interposto no dia 27 do mesmo mês e ano, dentro do quindênio legal.

O Agravado manifestou oposição ao julgamento virtual (fl. 134).

Em contraminuta, requereu o não provimento do recurso.

Sustenta presentes os requisitos legais necessários à concessão da tutela provisória. Alega que não há impedimento à averbação premonitória em imóvel de titularidade de SPE, pois também incluído no patrimônio de afetação o lucro pertencente à pessoa jurídica agravada. Defende que a utilização de SPE's não pode servir à obstrução da responsabilidade da empresa-ré e que a mera anotação em registro de matrícula tem caráter informativo e não inviabiliza a atividade empresarial (fl. 137-147).

Conclusos em 31 de março de 2023.

É o relatório.

O presente recurso versa sobre a possibilidade, ou não, de concessão de tutela provisória para averbação da existência de ação no registro de matrícula de imóveis de alegada titularidade de sociedades de propósito específico constituídas pela pessoa jurídica agravada no desenvolvimento de atividade de incorporação imobiliária.

A expedição de certidão premonitória encontra previsão no art. 828, do CPC e, embora o dispositivo refira-se à aplicação da medida em ação de execução ou fase de cumprimento de sentença, há entendimento consolidado neste E. Tribunal sobre a possibilidade de deferimento do pedido em fase de conhecimento com fundamento no poder geral de cautela do juiz.

Dispõe o *caput* do dispositivo legal mencionado:

> Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

Destarte, a averbação da existência da ação em registro de bem tem cabimento apenas nas hipóteses de bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponbilidade, de forma que, em razão da responsabilidade patrimonial do devedor (art. 789, CPC), a providência pretendida deve recair apenas sobre bens de titularidade da Agravante.

Não é o que se verifica no caso concreto.

A Recorrente atua no ramo da incorporação imobiliária por meio da constituição de sociedades de propósito específico para a execução de seus empreendimentos.

A figura das SPE's foi introduzida neste setor econômico com a finalidade de proteger os adquirentes de unidades autônomas contra eventuais dificuldades

Acesso ao Sumário

econômico-financeiras que possam atingir os incorporadores. Nesse sentido, o legislador promoveu alteração na Lei n. 4.591/64, que dispõe sobre as incorporações imobiliárias, para incluir previsão expressa em relação à constituição de regime de afetação sobre bens vinculados ao empreendimento imobiliário:

> Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)
>
> § 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Há, portanto, segregação patrimonial entre o incorporador e as SPE's constituídas para execução dos empreendimentos, a impedir que os bens desta última respondam por obrigações daquele.

Neste sentido:

> "A propriedade imobiliária que integra a afetação pode ser formada de vasto acervo patrimonial, ativo ou passivo, e composto do terreno, do direito de construção, de acessões, receita originada do pagamento de contraprestações pela venda de unidades, maquinário, equipamentos, direitos, material de construção, obrigações relativas ao negócio, encargos trabalhistas e fiscais, contribuições previdenciárias, contas a pagar etc.. O conjunto de bens e valores, pelo sistema da afetação, fica sujeito a uma espécie de indisponibilidade, que importa em agregá-lo ao vinculá-lo ao empreendimento, e acarretando a sua incomunicabilidade." (Rizzardo, Arnaldo. Condomínio edilício e incorporação imobiliária. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pg. 360).

O entendimento pela impossibilidade de confusão entre os patrimônios do incoporador e das SPE's também encontra amparo na jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Decisão que indeferiu pedido de penhora (Sisbajud) de valores mantidos em nome de sociedades de propósito específico (SPEs), que têm como sócia-controladora a executada, ao fundamento de que necessária instauração de desconsideração de personalidade.

> Acerto da deliberação, mesmo em face da asserção de que havida confusão patrimonial. Precedente. Possibilidade inclusive de que, no incidente, e se o caso, se requeira tutela constritiva de urgência. Questão da existência de patrimônio de afetação, bem como verificação sobre se os ativos cuja constrição se pretende são ou não ligados à incorporação, que se deve discutir no incidente, à luz da previsão do art. 31-A, e pará-

Acesso ao Sumário

grafos, da Lei 4.591/64, com redação dada pela Lei 10.931/04. Decisão mantida. Recurso desprovido.
(TJSP; Agravo de Instrumento 2132384-24.2022.8.26.0000; Relator (a): Cláudio Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional de Pinheiros da Comarca da Capital - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/02/2023; Data de Registro: 08/02/2023)
AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. Decisão que deferiu a liminar, para suspender o prosseguimento da execução e da hasta em desfavor de sociedade de propósito específico. Execução de dívida oriunda de rescisão contratual de instrumento de compra e venda de unidade integrante do imóvel penhorado, cuja titularidade é da sociedade de propósito específico, que não se confunde com a pessoa da incorporadora. Imóvel constrito protegido pelo patrimônio de afetação. Inteligência do art. 31-A, §1º, da Lei nº 4.591/64. Precedentes. Dívida ínfima em relação ao patrimônio constrito. Ademais, decisão da C. 19ª Câmara de Direito Privado, deste E. Tribunal (AI nº 2120549-39.2022.8.26.0000), que reconheceu a validade da assembleia geral realizada pelos adquirentes, em 11.04.2022, e permitiu o registro da ata, com o fim de viabilizar "atos de preservação do empreendimento, diante da invasão ocorrida e do iminente risco de leilão judicial do imóvel". Preservação do patrimônio, neste momento, que é de interesse coletivo. Suspensão necessária. Decisão acertada. Recurso não provido.
(TJSP; Agravo de Instrumento 2227788-05.2022.8.26.0000; Relator (a): Schmitt Corrêa; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível da Comarca da Capital - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/04/2023; Data de Registro: 26/04/2023)

Na presente demanda, a partir das informações prestadas pelo próprio Agravado na petição inicial (fl. 24-29) e documentos que a acompanharam (fl. 332-721), verifica-se que em relação aos empreendimentos denominados Parque Viena Residencial, Residencial Luiza, Bella Veneza Residencial, Itucit, Itucit II e Itucit III há constituição de SPE com participação da Agravante e do regime de afetação sobre os bens devidamente registrados em matrícula. A propriedade dos demais imóveis listados encontra-se registrada em nome de terceiros, estranhos aos autos.

O Recorrido, por sua vez, pleiteia o reconhecimento e dissolução parcial de sociedade com subsequente apuração de haveres, obrigação que recai exclusivamente sobre a pessoa jurídica recorrente.

Não sendo os imóveis para os quais requerida a expedição de certidão premonitória suscetíveis de penhora, arresto ou indisponibilidade no caso concreto, porque não compõem o patrimônio da Devedora, a medida requerida pelo Agravado mostra-se descabida.

O recurso, portanto, merece provimento para indeferir o pedido de averbação da existência da ação no registro dos bens imóveis indicados pelo Agra-

Acesso ao Sumário

vado.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2055409-24.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LUCON ADVOGADOS, é agravado CIA. INTERNACIONAL DE SEGUROS (EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28827)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente) e AZUMA NISHI.

São Paulo, 19 de outubro de 2023.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. DECISÃO QUE REPUTOU RETARDATÁRIA A HABILITAÇÃO DE CRÉDITO, ESTANDO SUJEITA AO RECOLHIMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. MANUTENÇÃO. É INCONTROVERSO, NA HIPÓTESE CONCRETA, QUE O INCIDENTE DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO FOI INICIADO FORA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTS. 7º, §1º, E 8º, DA LEI Nº 11.101/05, SENDO, PORTANTO, RETARDATÁRIO. O MERO FATO DE SER ILÍQUIDO O CRÉDITO, E ESTAR ELE SUB JUDICE, NÃO AFASTA O CARÁTER RETARDATÁRIO DA HABILITAÇÃO, CONFORME É EXPRESSO O ART. 10, CAPUT, DA LEI Nº 11.101/05. A LEGISLAÇÃO FALIMENTAR ASSEGURA, TÃO SOMENTE, A POSSIBILIDADE DO CREDOR PEDIR A RESERVA DE VALOR PARA A SATISFAÇÃO DE SEU CRÉDITO (ART. 10, §4º, DA LEI Nº11.101/05), O QUE NÃO ISENTA DO PAGAMENTO DAS CUSTAS, QUANDO DA HABILITAÇÃO RETARDATÁRIA (ART. 10, §3º, DA LEI Nº 11.101/05, E ART. 4º, §8º, DA LEI

Acesso ao Sumário

ESTADUAL Nº 11.608/03). AGRAVANTE QUE JÁ TEVE FRUSTRADA ANTERIOR TENTATIVA DE HABILITAÇÃO DO CRÉDITO DIRETAMENTE NOS AUTOS DA FALÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA PROCESSUAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão proferida às fls. 107/109 e confirmada às fls. 132/133 em sede de embargos declaratórios, que reputou a habilitação de crédito na falência da agravada como retardatária, estando sujeita ao recolhimento de custas, nos seguintes termos:

"1. Intime-se a parte adversa, por meio de publicação no diário de justiça eletrônico, para que se manifeste acerca da impugnação/habilitação apresentada, no prazo de 05 dias, sob pena de preclusão;

2. As habilitações de crédito retardatárias estão sujeitas ao recolhimento das custas nos termos do art. 4º, parágrafo 8º, da Lei estadual 11.608/03, exceto no caso de pedido de gratuidade da justiça, que será analisado por este Juízo, nos termos dos arts. 98 e ss. do CPC.

2.1. Adverte-se, desde já, que serão consideradas retardatárias habilitações e impugnações de crédito nas quais a parte, com interesse de agir, não tiver observado:

2.1.1. O prazo de 15 dias previsto no art. 7, §1º, da Lei n. 11.101/05 ou,

2.1.2. O prazo de 10 dias previsto no art. 8º da Lei n. 11.101/05.

2.1.3. Em relação às impugnações retardatárias, a elas a Lei 11.101/05 atribuiu as mesmas características e ritos das habilitações retardatárias (art. 10, §5º da Lei 11.101/05), o que, por corolário lógico, implica também o recolhimento de custas (art. 10, §3º e §5º da Lei 11.101/05), sendo este, inclusive, o entendimento predominante neste E. Tribunal (Agravo de Instrumento 2173513-77.2020.8.26.0000; Relator (a): Grava Brazil; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Mairiporã - 2ª Vara; Data do Julgamento: 08/04/2021; Data de Registro: 08/04/2021).

3. Com a manifestação da parte contrária, intime-se o impugnante, por meio de ato ordinatório, para, querendo, apresentar réplica, no prazo de 05 dias, sob pena de preclusão;

4. Por fim, decorrido o prazo, apresente o administrador judicial nomeado nos autos parecer com as seguintes informações:

4.1. Data da decretação da falência ou da distribuição do pedido de recuperação judicial;

4.2. Se o credor foi relacionado no edital do art. 7º, § 2º, da Lei n. 11.101/05, indicando, se for o caso, o valor e a classificação de seu crédito, e indicando a data em que foi feita a publicação na imprensa oficial;

4.3. Se o quadro-geral de credores já foi homologado;

Acesso ao Sumário

4.4 Tempestividade ou não do presente incidente, observando-se o descrito no item 2 da presente decisão;
4.5. A conferência de todos os dados apresentados pela impugnante, a fim de se evitar eventual alegação de nulidade 5. Caso a documentação esteja completa, deverá o administrador judicial apresentar seu parecer, instruído com laudo pericial contábil, no prazo de 15 dias.
5.1. Na hipótese de incompletude dos documentos, deverá o administrador judicial engendrar diligências administrativas para formular seu parecer.
5.2. Caso não haja cooperação do interessado, deverá o administrador judicial formular seu parecer, inclusive com possibilidade de indeferimento do pedido por falta de provas.
6. Oportunamente, tornem os autos conclusos."

Insurge-se o credor agravante, "Lucon Advogados", sustentando, em síntese, que patrocinou os interesses do "Condomínio Fazenda Vila Real de Itu" em execução extrajudicial e embargos à execução nº 0073673-52.2002.8.26.0100, nos quais foram fixados honorários de sucumbência em desfavor da "CIS" em 15% sobre o valor executado; que, após 16 anos patrocinando os interesses do condomínio, foi imotivadamente destituído; que passaram a haver debates sobre a titularidade dos honorários e sobre o *quantum* devido na execução; e que, nesse meio tempo, sobreveio a decretação da falência da CIS, em 03/09/2019.

Alega que no edital de credores da falência não constou o crédito de honorários, nem mesmo após ter peticionado junto à administradora judicial; que se manifestou na falência, resguardando seu direito de habilitar o crédito assim que a liquidação dos honorários fosse realizada na execução; que a execução tramitava em autos físicos e acabou prejudicada com a pandemia do COVID-19; que instaurou incidente digital próprio (nº 0026054-62.2021.8.26.0100), do qual participaram a "CIS", a administradora judicial e o condomínio; e que foi expedida certidão de crédito judicial (fls. 63/66 da habilitação), reconhecendo o agravante como único credor dos honorários de sucumbência em questão, no valor de R$ 10.224.526,92.

Ressalta, por conseguinte, que a administradora judicial nunca apresentou qualquer oposição à expedição da carta de crédito; que, após expedida a carta, requereu a habilitação no quadro geral de credores ao juízo da falência; que o pedido de habilitação é tempestivo, devendo ser aplicada a regra do art. 10, da Lei nº 11.101/05, e do art. 4º, §8º, da Lei nº 11.608/03; que, conforme posicionamento do STJ, a habilitação deve ocorrer assim que o crédito foi liquidado, a fim de que possa ser cumprido o art. 9º, II, da Lei nº 11.101/05; que a titularidade e liquidez do crédito estavam *sub judice*; e que a decisão agravada não foi devidamente fundamentada.

Sustenta, ainda, que não deu causa à demora na definição da titularidade e liquidez do crédito; que a certidão de crédito judicial foi expedida em

Acesso ao Sumário

29/07/2022 (fls. 63 da habilitação), e o juízo da execução intimou o agravante, cientificando-o da existência do documento em 13/09/2022 (fls. 66 da habilitação); que o prazo para habilitação teve início no primeiro dia útil subsequente, em 14/09/2022, o qual se encerrou em 04/10/2022; que pediu a habilitação em 20/09/2022 (Fls. 124 da habilitação); que a habilitação foi inicialmente apresentada como petição intermediária, mas foi rejeitada pelo Sistema E-Saj em 11/10/2022 (fls. 126 da habilitação); e que no próprio dia 11/10/2022 regularizou a habilitação, distribuindo o incidente nº 1111829-91.2022.8.26.0100 (fls. 130 daqueles autos).

Subsidiariamente, afirma que quem ficou inerte foi o "Condomínio Fazenda Villa Real de Itu", que nunca se manifestou nos autos da falência, não requereu a expedição da carta de crédito e não pediu habilitação; que a administradora trata o agravante e o Condomínio com disparidade e ausência de isonomia, pois apresentou requerimento de ofício para retificar o quadro geral de credores, dando a entender que apenas o Condomínio teria crédito a receber; e que há violação ao art. 7º, do NCPC, e arts. 75, §1º e 126, da Lei nº 11.101/05.

Recurso processado com parcial efeito suspensivo, somente para obstar o cancelamento da distribuição do incidente ou preclusão de atos processuais que dependam do recolhimento de custas pelo habilitante, até o julgamento do agravo (fls. 87/89).

Contraminuta da massa falida às fls. 98/102, na qual alega que o edital previsto no art. 7º, §2º, da Lei nº 11.101/05, foi publicado no D.J.E. em 11/06/2021, e o prazo nele estipulado se encerrou em 23/06/2021, sendo instaurado o incidente de impugnação apenas em 11/10/2022; que o próprio cumprimento de sentença (nº 0026054-62.2021.8.26.0100), pelo qual o agravado obteve a certidão de crédito, foi instaurado em 21/06/2021, quase 2 anos após a decretação da falência, o que também evidencia a morosidade do agravante em adotar as medidas para habilitação do crédito; e que a questão relativa à suposta violação da isonomia processual já foi objeto do AI nº 2221064-82.2022.8.26.0000.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 114/117, pelo não provimento do recurso.

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 91/92).

É o relatório.

I) Apesar da oposição ao julgamento virtual (fls. 91/92), deve ser indeferido o julgamento presencial.

Isso porque, no presente caso não é cabível a sustentação oral. Ademais, como já era decidido pelas E. Câmaras Reservadas de Direito Empresarial no auge da pandemia do COVID-19:

> "Indefiro o julgamento em sessão presencial, diante da suspensão de tais sessões por deliberação do egrégio Conselho Superior da Magistratura (art. 5º do Provimento CSM 2550/2020), contando, desde já, com a compreensão e cooperação das partes e de seus ilustres advogados,

Acesso ao Sumário

diante da crise que se abateu sobre o país e o mundo.
A situação pela que se está passando (partes, advogados, juízes, serventuários, auxiliares) com a pandemia gerada pelo "Covid-19" (novo coronavírus) é totalmente inédita, anômala e grave, podendo levar ao colapso de todo o sistema judiciário, notadamente pelo represamento de centenas de feitos que estão na fila aguardando a designação das sessões presenciais, que nem se sabe se, quando e como ocorrerão.
Nesse contexto, é preciso conferir um mínimo de celeridade aos processos, dando-se sequência aos recursos pendentes de julgamento em sessão presencial, sob pena de ofensa à garantia constitucional da "razoável duração do processo" (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal; arts. 4º e 6º. do CPC). E, diante da impossibilidade atual da realização das sessões de julgamento presencial, o julgamento que se mostra possível, é o virtual, neste segundo grau de jurisdição.
Ademais, a circulação e a aglomeração de pessoas põem em risco a saúde e a vida, tanto que o isolamento é comando legal (art. 3º da Lei n. 13.979/2020).
Cabe também destacar que o julgamento virtual não gera prejuízo às partes ou aos seus advogados, diante da possibilidade dos despachos por via remota, que são disponibilizados mediante agendamento por meio dos e-mails dos Exmos. Srs. Desembargadores disponíveis no site do TJSP. Assim, no STJ: HC 578.282, PAULO DE TARSO SANSEVERINO; EAREsp 369.513, HERMAN BENJAMIN; EDcl nos EDcl no AgInt no REsp 1.563.273, MAURO CAMPBELL MARQUES" (AI 2263639-76.2020.8.26.0000, Des. Rel. Cesar Ciampolini, 1ª Câmara Reservada de Direto Empresarial, julgado em 02/3/2021)
"Em tempos de pandemia, é por meio do julgamento virtual que, em segundo grau de jurisdição, homenageia-se a Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII) e o CPC (art. 4º), na perseguição do objetivo de se ter decisão de mérito -- que se confia venha a ser justa e efetiva --, num tempo razoável (CPC, art. 6º). Conta o Tribunal, nesse desiderato, com a compreensão e a colaboração das partes e de seus patronos." (AI 2155328-88.2020.8.26.0000, Des. Rel. César Ciampolini, 1ª Câmara Reservada de Direto Empresarial, julgado em 15/02/2021)
"Apesar de os recorrentes alegarem surpresa ante a ocorrência do julgamento, não alertados da justificativa da decisão que encaminhou o feito à mesa virtual (fls. 37/38, item 2), não há prejuízo capaz de amparar a requerida nulidade.
É que a sustentação oral, única diferença em relação ao julgamento presencial ou, agora, o telepresencial, não está prevista no regimento interno ou na lei processual.
Ademais, abreviou-se a duração do processo, depois de preservado o direito de manifestação das partes, tudo na direção do cumprimento da propositura constitucional.
Não bastasse, a pandemia do Covid-19 acarretou a impossibilidade de

Acesso ao Sumário

realização das sessões presenciais e a necessidade de esforço conjunto para concretização do princípio da razoável duração do processo, reservando-se as telepresenciais para as hipóteses de resistência ao julgamento virtual e cabimento da sustentação oral.

Por fim, é de conhecimento notório dos operadores do Direito que o Tribunal de Justiça oferece e-mails institucionais para cada gabinete na primeira página de seu site e com destaque, tornando possível o encaminhamento dos memoriais virtualmente, não se podendo acolher a alegação de violação à ampla defesa." (ED 2145131-74.2020.8.26.0000/50000, Des. Rel. Araldo Telles, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 17/11/2020).

"Agravo de instrumento Julgamento presencial indeferido com determinação da realização do virtual nos termos que esta Corte o tem incentivado como imperativo social e judicial em tempos de isolamento justificado pela COVID-19, o qual impõe esforços e sacrifícios a todos os atores do processo, de quem, ademais, cobra-se colaboração especialmente na concretização do princípio da razoável duração do processo. Além disso, o julgamento deste recurso não admite sustentação oral, não havendo, pois, necessidade de se retardar a prestação jurisdicional. Liquidação de sentença Ação de rescisão contratual c/c indenização Honorários advocatícios Arbitramento por equidade Critério acertado Quantificação, no entanto, que não remunera digna e proporcionalmente o trabalho Majoração cabível e necessária, mantido o critério da equidade Recurso parcialmente provido." (AI nº 2074062-79.2020.8.26.0000, Des. Rel. Maurício Pessoa, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 29/06/2020).

II) Superada essa questão, e em que pese o inconformismo ora deduzido, o presente recurso não comporta provimento.

Isso porque, é incontroverso na hipótese concreta, que o incidente de habilitação de crédito foi iniciado fora dos prazos previstos nos arts. 7º, §1º, e 8º, da Lei nº 11.101/05, sendo, portanto, retardatário.

O mero fato de ser ilíquido o crédito, e estar ele *sub judice*, não afasta o caráter retardatário da habilitação, conforme é expresso o art. 10, *caput*, da Lei nº 11.101/05, assegurando a legislação falimentar e recuperacional, tão somente, a possibilidade do credor pedir a reserva de valor para a satisfação de seu crédito (art. 10, §4º, da Lei nº11.101/05).

E a possibilidade desse pedido de reserva não isenta o credor do pagamento das custas, quando da habilitação retardatária, conforme §3º do já mencionado art. 10, da Lei nº 11.101/05, e art. 4º, §8º, da Lei Estadual nº 11.608/03, sendo o critério, portanto, objetivo.

A respeito da distinção entre o mero pedido de reserva e a habilitação retardatária de crédito, destaca-se o julgado desta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, no AI nº 1036335-74.2019.8.26.0000, sob a relatoria do Des. J. B.

Acesso ao Sumário

Franco de Godoi (j. em 28/05/2021):

"RECUPERAÇÃO JUDICIAL - Reserva de quantia - Art. 6º, §3º e 10, §4º, ambos da Lei 11.101/05 - Possibilidade de o credor pleitear a reserva nos autos da recuperação independentemente do recolhimento das custas iniciais - Feito equivocadamente processado como habilitação pelo juízo - Habilitação de crédito que não se confunde com o simples pedido de reserva, tendo este último natureza cautelar - Sentença anulada nos termos do pedido principal - Recurso provido."

Em situações semelhantes, ainda, destacam-se os seguintes julgados das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONVOLADA EM FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO - JUSTIÇA GRATUITA - Decisão agravada que indeferiu pedido de gratuidade processual - Inconformismo do recorrente - Não acolhimento - Agravante que não comprovou a alegada dificuldade financeira para arcar com as custas e despesas processuais - Incumbe ao juiz dirigir o processo, prevenindo ou reprimindo ato atentatório à dignidade da justiça, verificando especialmente a exposição dos fatos conforme a verdade (art. 77, I, c.c. art. 139, CPC) - Nesse sentido, cabe- lhe indeferir o pedido de gratuidade da justiça quando a parte não comprova a presença dos respectivos pressupostos legais (art. 98, "caput", c.c. art. 99, § 2º, CPC) - Decisão mantida - RECURSO DESPROVIDO NESSE TOPICO. AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONVOLADA EM FALÊNCIA - HABILITAÇÃO DE CRÉDITO RETARDATÁRIA - CUSTAS DEVIDAS - No caso dos autos, o 1º edital da falência contendo o Quadro de Credores foi disponibilizado no DJE do dia 21/01/2015, enquanto o incidente de Habilitação de Crédito foi instaurado pelo agravante apenas em 10/05/2019 - Habilitação retardatária, nos termos dos art. 7º, §1º e 10, caput, da Lei nº 11.101/05 - Não é caso de receber a habilitação como impugnação, pois não se trata de retificação do valor apontado, tampouco de sua classe, e sim de inclusão de novo crédito, não sendo aplicável, portanto, o §5º do art. 10 da Lei nº 11.101/05 - De conseguinte, são devidas as custas, conforme determina o art. 10, §3º da Lei de Falência, em conjunto com o art. 4º, § 8º, da Lei Estadual paulista nº 11.608/2003 - Decisão mantida - RECURSO DESPROVIDO NESSE TOPICO" (Agravo de Instrumento nº 2159801-20.2020.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Sergio Shimura, j. em 20/01/2021)

"Habilitação de crédito em falência. Julgamento de parcial procedência. Agravo de instrumento do credor. Habilitação apresentada após o decurso do prazo de 15 dias do § 1º do art. 7º da Lei 11.101/2005, sendo corretamente recebida como retardatária. Ausência de inclusão do crédito do recorrente na primeira versão do quadro geral que não afasta a responsabilidade do credor de apresentar sua irresignação de forma tempestiva. Pedido de justiça gratuita do agravante, pessoa física. Inexistência de elementos que afastem a presunção do § 2º do art. 99 do

Acesso ao Sumário

CPC/2015. Manutenção da decisão agravada, com deferimento do pedido de gratuidade processual. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento" (Agravo de Instrumento nº 2020614-02.2017.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. em 15/08/2017)

Ressalta-se, por conseguinte, que o ora agravante já teve frustrada anterior tentativa de habilitação do crédito diretamente nos autos da falência, sem o ajuizamento do incidente processual adequado, conforme decidiu esta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial no AI nº 2221064-82.2022.8.26.0000 (Rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. em 15/02/2023):

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. DECISÃO QUE INDEFERIU HABILITAÇÃO DE CRÉDITO SEM INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE PRÓPRIO, E PEDIDO DE "ABERTURA CONTÁBIL" PELA ADMINISTRADORA JUDICIAL. INSURGÊNCIA DO CREDOR. HIPÓTESE DE NÃO PROVIMENTO. O QUADRO GERAL DE CREDORES AINDA NÃO FOI HOMOLOGADO, E, HAVENDO DISCORDÂNCIA PELO AGRAVANTE COM RELAÇÃO A EVENTUAL CRÉDITO, INCLUSIVE NO TOCANTE À TITULARIDADE OU AO VALOR, DEVE PROMOVER A DEVIDA HABILITAÇÃO OU IMPUGNAÇÃO EM INCIDENTE PRÓPRIO, CONFORME ARTS. 8º E 9º, DA LEI Nº 11.101/05. ALÉM DISSO, NÃO SE JUSTIFICA A PRETENDIDA "ABERTURA CONTÁBIL", POIS SE HÁ DÚVIDAS OU QUALQUER CONTROVÉRSIA DO CREDOR COM RELAÇÃO À APURAÇÃO DE CRÉDITO, DEVE PROMOVER O INCIDENTE ESPECÍFICO, ONDE A QUESTÃO PODERÁ SER ANALISADA, SEM TUMULTO NOS AUTOS DO PROCESSO DE FALÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO"

Ademais, sendo necessária a distribuição do incidente pelo credor interessado, não há como se afastar o caráter retardatário da habilitação, não sendo o caso de aplicação dos precedentes invocados pelo agravante.

Também não há que se falar em violação ao princípio da isonomia processual, haja vista que o próprio incidente para liquidação do crédito foi iniciado após a decretação da falência, e a demora não pode ser atribuída ao administrador judicial. Inclusive, a própria titularidade do crédito é questão que foi controvertida.

III) Logo, sob qualquer ângulo que se analise a hipótese concreta, correta a r. decisão agravada, a qual deve ser mantida em sua integralidade.

Isso posto, **nega-se provimento ao agravo de instrumento**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

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

2238151-17.2023.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante BENEDITA LUCIANA PIRES FORMIGONI, é agravada CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencida a Relatora Sorteada.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48363)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, vencedor, MARIA SALETE CORRÊA DIAS, vencida, JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES (Presidente) E JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 2 de outubro de 2023.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator Designado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - Insurgência da agravante contra decisão que indeferiu a cobertura de cirurgias plásticas pós bariátrica - Relatório médico atestando que a cirurgia foi prescrita em razão de problemas que decorreram de cirurgia bariátrica após a qual a agravante eliminou muito peso - Insubsistência da negativa - Procedimento que deverá se dar, no entanto, com profissional e em estabelecimento credenciado ao plano de saúde contratado - Julgamento do Tema 1069 em sede de recurso repetitivo pelo C. STJ - Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Tendo em vista que o presente acórdão decorre de divergência estabelecida por este relator designado em relação à relatora sorteada, a Desembargadora Maria Salete Corrêa Dias, que negava provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto pela autora, peço vênia para transcrever integralmente o relatório por ele elaborado.

"Vistos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto em face da r. decisão de fl. 41 dos autos de origem (Ação de Obrigação de Fazer), que indeferiu a tutela de urgência pleiteada, nos seguintes termos:

"*Vistos*.

[...]

2) Sobre o pedido de antecipação de tutela, a despeito dos relatórios

Acesso ao Sumário

médicos (fls. 34-35/36-37) e da apontada negativa da ré (fl. 38), não se divisa hipótese de risco de vida ou a saúde da autora caso o procedimento cirúrgico não seja realizado imediatamente, de modo que se mostra pertinente, atento à natureza da relação contratual, aguardar eventual resposta da parte ré.

Aliás, note-se que a bariátrica ocorreu em 2019 e não se afasta a necessidade de prova pericial.

Neste contexto, indefiro a tutela.

[...]

Intime-se."

Inconformada, aduz a agravante, em apertada síntese, que: **(1)** as cirurgias pós-bariátricas são necessárias ao pleno restabelecimento de sua saúde; **(2)** a urgência está sim presente e está devidamente demonstrada, em especial pelo laudo psicológico de fls. 34/35; **(3)** não se pode menosprezar seu grave quadro clínico/psíquico, comprovado pelo laudo de psicológico, além dos impactos físicos que a acometem e impedem que esta tenha uma vida normal; **(4)** quanto ao fato de que a cirurgia bariátrica fora realizada em 2019 e somente agora busca as cirurgias reparadoras, cumpre esclarecer que, após o procedimento, a paciente necessita aguardar pelo menos 1 ano para atingir o peso necessário e assim iniciar o processos das cirurgias reparadoras; **(5)** no seu caso, tal processo teve que ser postergado por conta da pandemia de COVID-19; **(6)** não se trata de procedimento meramente estético e sim reparador. Requer, por fim, a concessão de efeito ativo e o provimento do recurso para que seja reformada a r. decisão, concedendo-se a tutela de urgência pleiteada.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório."

2. A Ilma. Relatora sorteada entendeu por bem dispensar o contraditório, podendo a parte adversa debater acerca da temática no curso processual (contraditório diferido).

FUNDAMENTOS.

3. O presente recurso prospera, observando-se, inicialmente, a suspensão na origem imposta pelo E. STJ (inobstante a concessão da tutela de urgência, viável), bem como que o Tema 1069 foi recentemente julgado pelo C. STJ[1], adotando a seguinte tese:

"(i) É de cobertura obrigatória pelos planos de saúde a cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional indicada pelo médico assistente, em paciente pós-cirurgia bariátrica, visto ser parte decorrente do tratamento da obesidade mórbida; e (ii) Havendo dúvidas justificadas e razoáveis quanto ao caráter eminentemente estético da cirurgia plástica indicada ao paciente pós-cirurgia bariátrica, a operadora de plano de saúde pode

1 Disponível em < https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&c od_tema_inicial=1069&cod_tema_final=1069 > Acesso em 02.10.2023

Acesso ao Sumário

se utilizar do procedimento da junta médica, formada para dirimir a divergência técnico-assistencial, desde que arque com os honorários dos respectivos profissionais e sem prejuízo do exercício do direito de ação pelo beneficiário, em caso de parecer desfavorável à indicação clínica do médico assistente, ao qual não se vincula o julgador."

4. Consigno, que, *in casu*, as cirurgias das quais ora se fala trata-se de complementação ao tratamento de cirurgia bariátrica realizada pela agravante, consoante se pode ver do relatório médico elaborado pelo Dr. Luiz Osório Anchieta Neto, de fls. 36/37 dos autos de origem. Confira-se:

"A Sra. Benedita Pires Formigoni foi submetida a gastroplastia em agosto de 2019. Por consequência da cirurgia teve perda de peso acentuada (+/- 32 Kilos (sic)), e apresenta as seguintes alterações decorrentes:
- Flacidez acentuada da região superior dos (ilegível) causando desconforto e lesões por assadura. Necessita Braquioplastia Bilateral.
- Flacidez acentuada na região superior das pernas, causando lesões por assadura. Necessita de lifting de pernas.
- Cicatriz de queloide na cirurgia de abdômen PCA causando dores locais. Necessita de retoque total de cicatriz.
- Flacidez de região glútea, causando lesões por assadura no local. Necessita de dermolipectomia posterior.
- Ptose mamária grau III, causando lesões por assadura na região infra mamária. Necessita de mastopexia."

5. O relatório psicológico acostado dos autos nas fls. 34/35 consigna expressamente o seguinte:

"(...) A paciente realizou a CIRURGIA BARIÁTRICA em agosto de 2019 e eliminou o total de 32 quilos, realizando todo o processo pré e pós-operatório adequadamente.

A paciente perdeu muito tecido mamário, dessa forma apresenta deformidade nas mamas, necessitando da realização da MASTOPLASTIA, para ter a estrutura corporal adequada.

Além disso, a paciente apresenta flacidez em excesso no abdome, cicatriz de queloide e dores locais devido a (sic) cirurgia realizada anteriormente sendo necessário a dermolipectomia posterior com correção da flacidez da região glútea, também possui flacidez nas regiões dos braços e coxas, causando desconforto e lesões por assaduras, sendo fundamental a realização de "BRAQUEOPLASTIA BILATERAL E LIFTING DE PERNAS" para complementar a estrutura corporal da paciente.

Atualmente, a paciente apresenta sintomas de ansiedade e depressão (medicada no momento para aliviar os sintomas), devida à insatisfação com autoimagem e baixa autoestima, além da dificuldade de higiene devido o excesso de peso corporal.

Os procedimentos em questão são URGENTES, para a saúde emocional da paciente.

Dessa forma, as REPARADORAS CITADAS ACIMA são fundamen-

Acesso ao Sumário

tais para a melhoria da qualidade de vida, saúde física e mental da paciente.

A paciente está APTA para realizar as REPARADORAS, em termos de preparo e conscientização do processo cirúrgico e do pós operatório." (Destaquei).

6. Assim, não é minimamente razoável concluir que não há urgência no caso concreto somente porque não há risco à vida para deixar que a autora viva sem plena saúde física e psicológica por longo tempo (e permitir o agravamento do problema) o que esvazia a função social do contrato e sua própria razão de ser.

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

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

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

9. É o que ocorre na espécie, onde as indicações médica e psicológica reforçam a necessidade premente dos atos cirúrgicos pleiteados, tornando plausível o pedido formulado.

10. Da exegese da súmula acima referendada infere-se a abusividade na recursa de cobertura da totalidade dos procedimentos cirúrgicos pretendidos pela autora/agravante.

11. Afinal, decorrem da primeira intervenção médica e visam o **restabelecimento total da saúde da segurada** (aqui inclusa a **saúde mental** da parte autora, que, na prática, influi diretamente em sua **autoestima** e **qualidade de vida**) e não podem ser tratados como meramente estéticos, como se fossem puro capricho da paciente.

Acesso ao Sumário

12. Tenho que as cirurgias pretendidas transcendem a ideia de "*simples insatisfação*" da autora/agravante com seu corpo, ao passo que possuem, inclusive, **indicação anatômica (harmonização corporal) e funcional**, lembrando que, no caso em exame, houve uma **perda maciça de 32 quilos**.

13. À luz das considerações tecidas, estando presentes os requisitos para o deferimento da tutela pretendida, em especial por haver entendimento sumulado por esta Corte sobre a matéria, pelo meu voto acolho o pedido formulado, **para a realização, desde logo, da cirurgia nos moldes determinados pelo médico assistente da agravante (fls. 36/37)**, anotando-se que a Agravada deverá indicar médicos credenciados para a realização do ato.

14. Entendimento em contrário vulneraria a justa expectativa gerada no próprio consumidor, contrariamente ao que impõe a boa-fé objetiva.

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

> "RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ORDINÁRIA - PLANO DE SAÚDE - PRELIMINAR - INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - NÃO VERIFICAÇÃO, NA ESPÉCIE - MÉRITO - CIRURGIA DE REMOÇÃO DE TECIDO EPITELIAL APÓS A SUBMISSÃO DA PACIENTE SEGURADA À CIRURGIA BARIÁTRICA - PROCEDIMENTO NECESSÁRIO E COMPLEMENTAR AO TRATAMENTO DA OBESIDADE, INCONTROVERSAMENTE ABRANGIDO PELO PLANO DE SAÚDE CONTRATADO, INCLUSIVE, POR DETERMINAÇÃO LEGAL - ALEGAÇÃO DE FINALIDADE ESTÉTICA DE TAL PROCEDIMENTO - AFASTAMENTO - NECESSIDADE - COBERTURA AO TRATAMENTO INTEGRAL DA OBESIDADE - PRESERVAÇÃO DA FINALIDADE CONTRATUAL NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
> (...)
> **II - Encontrando-se o tratamento da obesidade mórbida coberto pelo plano de saúde entabulado entre as partes, a seguradora deve arcar com todos os tratamentos destinados à cura de tal patologia, o principal - cirurgia bariátrica (ou outra que se fizer pertinente) - e os subsequentes ou consequentes - cirurgias destinas à retirada de excesso de tecido epitelial, que, nos termos assentados, na hipótese dos autos, não possuem natureza estética;**
> III - As cirurgias de remoção de excesso de pele (retirada do avental abdominal, **mamoplastia redutora** e a dermolipoctomia braçal) consiste no tratamento indicado contra infecções e manifestações propensas a ocorrer nas regiões onde a pele dobra sobre si mesma, o que afasta, inequivocamente, a tese sufragada pela parte ora recorrente no sentido de que tais cirurgias possuem finalidade estética;
> IV - Considera-se, assim, ilegítima a recusa de cobertura das cirurgias destinadas à remoção de tecido epitelial, quando estas se revelarem necessárias ao pleno restabelecimento do paciente segurado, acometido de obesidade mórbida, doença expressamente acobertado pelo plano de saúde contratado, sob pena de frustrar a finalidade precípua de tais contratos;
> V - Recurso Especial improvido.
> (...) De fato, não se afigura possível classificar as pretendidas cirurgias pela parte demandante como sendo mero tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética, expressamente excluído pelo artigo 10 da Lei n 9.656/98.
> Dessa forma, tem-se que, encontrando-se o tratamento da obesidade mórbida coberto pelo plano de saúde entabulado entre as partes, a seguradora deve arcar com todos os tratamentos destinados à cura de tal

Acesso ao Sumário

patologia, o principal - cirurgia bariátrica (ou outra que se fizer pertinente) - e os subsequentes ou consequentes - cirurgias destinas à retirada de excesso de tecido epitelial, que, nos termos assentados, na hipótese dos autos, não possuem natureza estética. (REsp 1136475, Rel. Min. Massami Yueda, 3ª Turma, j. 04.03.2010, (destaquei).

16. Destarte, mister a reforma da r. decisão agravada para compelir a seguradora à cobertura do procedimento indicado à segurada no prazo de 15 (quinze) dias, em estabelecimento de sua rede credenciada, devendo indicar três médicos com especialidade em cirurgia plástica para a escolha da paciente, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00.

17. Diante do exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 10385)

Cuida-se de *ação de obrigação de fazer*.

Extrai-se da exordial que a autora apresentava quadro de obesidade mórbida, quando, após tentativas frustradas há anos para controle do peso corporal, teve a indicação médica para o tratamento e realização de cirurgia bariátrica, a qual submeteu-se, e obteve sucesso, evoluindo com grande perda maciça de peso.

Narra que, com o emagrecimento, passou a apresentar considerável flacidez e lipodistrofia em diversas regiões do corpo, além de problemas psicológicos, como isolamento social, baixa autoestima, vergonha, insegurança, ansiedade.

Por este motivo, buscou o médico cirurgião plástico que lhe indicou a realização de cirurgias plásticas reparadoras (mastopexia com prótese, dermolipectomia posterior, braquioplastia bilateral, lifting de pernas e retoque de cicatriz tórax), procedimentos que foram negados pela operadora de saúde.

À vista disso, ajuíza a presente demanda a fim de que seja a ré compelida a autorizar/liberar/custear integralmente a cirurgia reparadora indicada, com seus componentes e procedimentos cirúrgicos, acessórios, inclusive próteses mamárias, e procedimentos pós-operatórios, através de médico credenciado ao convênio e especializado nas cirurgias em comento ou aquele de confiança da paciente.

Acesso ao Sumário

Pois bem.

A princípio, consigno que, considerando a natureza da matéria debatida neste recurso, fica dispensada a manifestação da parte contrária, cabendo, portanto, o julgamento direto do Agravo de Instrumento.

Isso posto, passo à análise do mérito.

O recurso não comporta provimento.

É cediço que para a realização dos procedimentos pleiteados, em sede de tutela de urgência, a autora deveria comprovar os requisitos legais previstos no artigo 300 do Código de Processo Civil.

Contudo, por ora, não houve sua suficiente demonstração, assistindo razão ao D. Magistrado *a quo* ao pontuar que "*não se divisa hipótese de risco de vida ou a saúde da autora caso o procedimento cirúrgico não seja realizado imediatamente, de modo que se mostra pertinente, atento à natureza da relação contratual, aguardar eventual resposta da parte ré*".

Diante desse quadro, ainda havendo controvérsia quando a natureza estética dos procedimentos pretendidos, não se evidenciam perigo de dano e verossimilhança nas alegações da autora, mostrando-se necessária a regular instrução processual.

Importa ressaltar que o presente julgamento não impede eventual reavaliação da questão no curso da instrução ou, finalmente, por ocasião do sentenciamento do feito, observando a suspensão determinada pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo 1069.

Diante do exposto, pelo meu voto vencido, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

MARIA SALETE CORRÊA DIAS, Relatora Vencida

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2226906-09.2023.8.26.0000, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, em que é agravante AGMAR PAULO VITTI, Interessados IMAG JV INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA., M.R.V. ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A e ERICO CASSIANO JANUÁRIO, é agravada MÁRCIA APARECIDA ABUQUERQUE.

ACORDAM, em 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35915)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLAVIO ABRAMOVICI (Presidente), MOURÃO NETO e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 30 de outubro de 2023.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - INCIDEN-

Acesso ao Sumário

TE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - Decisão agravada deferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, para incluir os Executados Agmar e Érico no polo passivo da execução - Reconhecida a existência da relação consumerista, de modo que aplicável a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica - Análise dos requisitos conforme o disposto no artigo 28 da Lei número 8.078/90 - Cabível a desconsideração da personalidade jurídica sempre que a personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores - Demonstrado que encerrada a empresa sem a satisfação de crédito dos credores - Preenchidos os requisitos para o deferimento do pedido de desconsideração - Exceção à regra geral de autonomia patrimonial na sociedade limitada - Cabível a responsabilidade ilimitada dos sócios - RECURSO DO EXECUTADO AGMAR IMPROVIDO

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Executado Agmar contra a decisão prolatada pela I. Magistrada Eliete de Fátima Guarnieri (fls.120/121 do processo originário) que, nos autos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica da "ação de restituição de valores pagos cumulada com indenização por danos morais" (em fase de cumprimento de sentença), deferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, para incluir os Executados Agmar e Érico no polo passivo da execução.

Alega que não preenchidos os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica (confusão patrimonial ou desvio de finalidade ou abuso da personalidade jurídica), que não comprovada a ausência de bens da Executada Imag, e que a responsabilidade dos sócios não pode transcender o limite de suas quotas na sociedade limitada. Pede o provimento do recurso, para afastar a decisão agravada, com o indeferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Preparo recursal a fls.15/16.

A decisão de fls.41 concedeu efeito ativo-suspensivo ao recurso, para sustar a decisão agravada e para suspender o curso da ação originária.

Contrarrazões a fls.45/55.

É a síntese.

A sociedade empresária tem patrimônio próprio, inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual dos sócios. Tratando-se de sujeito de direi-

Acesso ao Sumário

to autônomo, a pessoa jurídica, como regra, apenas responde com patrimônio social pelas obrigações que assumir.

Somente em hipóteses excepcionais, em que a pessoa jurídica é utilizada com o intuito de acobertar a conduta fraudulenta do sócio, é que se admite a desconsideração da personalidade jurídica.

Tratando-se de relação contratual civil, a desconsideração da personalidade jurídica deve observar os requisitos do artigo 50 do Código Civil (teoria maior da desconsideração), sendo necessária a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração), admitindo-se, ainda, a desconsideração nos casos em que ocorre abuso de direito.

Contudo, presente a relação de consumo entre a Exequente e a Executada Imag, porque a Exequente, como destinatária final, adquiriu produto (marcenaria) daquela Executada, nos termos do artigo 2º, *caput*, da Lei número 8.078/90.

Assim, adota-se a teoria menor da desconsideração, que torna cabível a desconsideração da personalidade jurídica da Executada Imag "quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração", e "sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores" (artigo 28, *caput* e parágrafo quinto, da Lei número 8.078/90).

Cabe destacar:

> Para fins de aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28, § 5º, do CDC), basta que o consumidor demonstre o estado de insolvência do fornecedor ou o fato de a personalidade jurídica representar um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados (STJ, REsp 1766093/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/11/2019, DJe 28/11/2019).

A então Requerida (ora Executada) Imag foi condenada a restituir o valor de R$ 15.459,00 e ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00, além de arcar com 50% das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios (fls.227/230 e fls.276/286 da ação de conhecimento - Processo número 1003986-10.2014.8.26.0533).

A Exequente iniciou a fase de cumprimento de sentença e, intimada para a satisfação do valor devido, a Executada Imag permaneceu inerte (certidão de fls. 32 do cumprimento de sentença).

A Exequente alega, no pedido de desconsideração, que a Executada foi encerrada em 29 de junho de 2016, que "em consulta de outros processos da mesma natureza em fase de execução que envolve a Executada, conforme documentos anexos, não foi possível encontrar bens passíveis de penhora em nome

Acesso ao Sumário

dela", e que seria infrutífera a realização de tentativas de penhora de bens.

A "certidão de baixa de inscrição no CNPJ" consigna que a Executada foi baixada em razão de encerramento por "liquidação voluntária" (fls.14 do processo originário).

Por outro lado, há precedentes deste Tribunal de Justiça em que reconhecido o encerramento irregular da Executada.

Cabe destacar:

> Ação de rescisão contratual com pedido indenizatório cumulado. Cumprimento de sentença. Incidente de desconsideração de personalidade jurídica. Dissolução e extinção da sociedade mediante ocultação de obrigação inadimplida que havia de ser incluída na liquidação como exigia a lei (artigo 1.102 do Código Civil). Particularidade que autorizava a desconsideração da personalidade jurídica da devedora, eis que denotava terem os sócios agido de modo a deixar o crédito insatisfeito. Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2259301-25.2021.8.26.0000; Relator (a): Arantes Theodoro; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Americana - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/02/2022; Data de Registro: 21/02/2022)
>
> Desconsideração da personalidade jurídica - Empresa executada que foi dissolvida por meio de distrato social - Não resguardado patrimônio ou valor suficiente para o pagamento do débito - Mero registro do distrato na JUCESP que não basta para o afastamento da responsabilidade do sócio pelas dívidas da sociedade - Necessidade, para tanto, de arrecadação de bens, elaboração de balanço social, realização do ativo e pagamento do passivo, o que, aparentemente, não foi feito - Art. 1.103, I a IX, do CC. Desconsideração da personalidade jurídica - Encerradas as atividades da empresa por distrato social sem a liquidação de suas dívidas - Desnecessária a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica para afetação do patrimônio do sócio - Hipótese de responsabilidade subsidiária - Arts. 1.023, 1.024 e 1.080 do CC - Sócio da empresa executada que deve responder pelo débito em questão - Decisão mantida - Agravo desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2264324-49.2021.8.26.0000; Relator (a): José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 27/06/2022; Data de Registro: 27/06/2022)

Assim, certo que a Lei número 8.078/90 possibilita a desconsideração da personalidade jurídica sempre que a personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, e que demonstrado que a Executada Imag foi baixada sem a satisfação do débito de outros credores (o que leva a indicar que serão infrutíferas as eventuais tentativas de constrição no cumprimento de sentença), comprovado o preenchimento dos requisitos descritos no artigo 28 da Lei número 8.078/90, o que torna cabível o acolhimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, destacando-se ser ilimitada a responsabilidade dos sócios quando desconsiderada a

Acesso ao Sumário

personalidade jurídica da empresa.

Cabe destacar:

EMBARGOS DE DEVEDOR - Direcionamento da execução em face do sócio da empresa executada após a desconsideração da personalidade jurídica em virtude do encerramento irregular das atividades da sociedade - Pretensão de que a responsabilidade do sócio seja limitada às suas cotas sociais - Descabimento - Regra geral de autonomia patrimonial que comporta exceção, na hipótese, em virtude da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que impõe aos sócios a responsabilidade de forma ilimitada pelas dívidas da empresa - Inteligência do art. 1.080 do Código Civil - Sentença mantida - Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 0019289-66.2012.8.26.0302; Relator (a): Paulo Pastore Filho; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaú - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/05/2021; Data de Registro: 18/05/2021).

Dessa forma, não infirmada a correção da decisão agravada, que é mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2088444-72.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante HEIDELBERGER PRINT FINANCE INTERNATIONAL GMBH, é agravado GATO'S GRÁFICA, EDITORA E PAPELARIA LTDA.

ACORDAM, em 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 0887)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), FERREIRA DA CRUZ e MICHEL CHAKUR FARAH.

São Paulo, 7 de novembro de 2023.

RODRIGUES TORRES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. DESIGNAÇÃO ARBITRÁRIA. Decisão que indeferiu requerimento de designação de audiência de conciliação. Alegação de ofensa às regras dos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º do CPC. Inocorrência. Audiência de conciliação não

Acesso ao Sumário

é obrigatória. Podem as partes promover autocomposição extrajudicial a qualquer momento. Ausência de vícios ou nulidades quanto ao indeferimento de realização de audiência de conciliação. Precedentes. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Vistos para julgamento

HEIDELBERG PRINT FINANCE INTERNATIONAL GMBH, nos autos da "ação de reintegração de posse com pedido liminar de bem vendido com reserva de domínio", ora em fase de cumprimento de sentença, promovida em face de **GATO'S GRÁFICA, EDITORA E PAPELARIA LTDA.**, inconformada, interpôs **AGRAVO DE INSTRUMENTO** contra a r. decisão que negou a designação de audiência de tentativa conciliação (fls. 530 dos autos originários), **alegando o seguinte**: instaurado o cumprimento de sentença, a agravada foi intimada e não se manifestou; houve requerimento da agravante para realização de audiência de conciliação, o que foi negado pelo Juízo *a quo*; a decisão recorrida deve ser reformada porque não observou as normas dos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º do CPC; deve ser designada audiência de tentativa de conciliação ou deve a agravada ser intimada a se manifestar sobre a realização do referido ato (fls. 01/07).

O recurso foi recebido no efeito devolutivo e não houve requerimento de medida de urgência (fls. 562/563).

A agravante se opôs ao julgamento virtual do recurso de agravo de instrumento interposto e assim fundamentou: "*que se opõe ao julgamento virtual do recurso, nos termos do art. 1º da Resolução 772/2017 desse E. TJSP, requerendo, assim, a inclusão em pauta para julgamento presencial ou telepresencial, tendo em vista que há intenção de acompanhar a sessão de julgamento.*" (fls. 566).

Não houve apresentação de **contraminuta** pela empresa agravada (fls. 567).

Eis o relatório.

Passo a votar.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu requerimento de designação de audiência de tentativa de conciliação em sede de cumprimento de sentença. Alega a agravante que a decisão prolatada pelo Juízo *a quo* não observou as regras estabelecidas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º do Código de Processo Civil.

Sem razão, contudo, a agravante.

Eis a decisão recorrida, prolatada com acerto pelo Juízo *a quo*:

Acesso ao Sumário

"*Vistos. Fls. 528/529: indefiro a designação de audiência de conciliação, pois as partes são plenamente capazes. Assim, suspendo o feito por 15 dias para que as partes tentem entrar em acordo. Em caso de acordo, o mesmo poderá ser apresentado para a devida homologação. Decorrido o prazo sem acordo, manifeste-se o exequente nos termos da última decisão anterior. Int.*" (fls. 530 dos autos originários).

Como se vê, decidiu com exação o nobre Magistrado de primeira instância quando negou a designação de audiência de tentativa de conciliação.

Tem razão a agravante quando afirma que as regras dos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º do Código de Processo Civil buscam incentivar a resolução dos conflitos por intermédio da composição das partes.

Não se olvide que o artigo 6º do Código de Processo Civil estampa a obrigação de que "*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*.".

E mais.

É dever do Magistrado viabilizar a autocomposição das partes e, fazendo isso, cumprirá as regras estabelecidas no artigo 139, V do Código de Processo Civil: "*O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.*".

Por outro lado, embora seja inconteste a intepretação das regras processuais acima mencionadas e dela depreenda-se que a conciliação deve ser fomentada como meio eficaz e alternativo para resolução de crises, não se pode concluir que a realização do ato processual seja obrigatória. A conciliação é ato voluntário e as partes envolvidas não podem ser obrigadas a realizar um acordo.

Nessa órbita, ainda que seja obrigação do Magistrado motivar a composição das partes, a realização de audiência de conciliação não é ato processual obrigatório, cabendo somente ao Julgador a análise e apreciação, no caso concreto, da necessidade ou não da realização do referido ato.

Oportuno mencionar que a agravada foi devidamente intimada da decisão recorrida que indeferiu a realização da audiência de conciliação e não se manifestou (fls. 532). Na hipótese dos autos, a agravada foi devidamente intimada a manifestar-se quanto ao cumprimento de sentença e quedou-se inerte (fls. 460 e 499 dos autos originários).

Como se vê, não há interesse algum da empresa agravada quanto à realização de audiência de tentativa de conciliação.

E, como bem pontuado pelo nobre Magistrado de primeiro grau, as partes envolvidas podem promover uma composição extrajudicial e apresentá-la ao Juízo.

Este TRIBUNAL, ao apreciar casos análogos, assim decidiu recentemente:

Acesso ao Sumário

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença.* ***Decisão que indeferiu o pedido da exequente de designação de audiência de conciliação****. Irresignação. Não cabimento.* ***Inexistência de dever do Magistrado de designar audiência de conciliação por solicitação da parte****. Partes podem se conciliar a qualquer momento, independentemente da intervenção estatal. Precedentes deste E. TJ/SP. Decisão mantida. Recurso improvido*." (Agravo de Instrumento 2156294-46.2023.8.26.0000; Relator (a): Lidia Conceição; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: **22/09/2023**).

"*APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA, COM GARANTIA HIPOTECÁRIA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RECURSO DO EMBARGANTE. NULIDADE DE SENTENÇA - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Suficiência das provas produzidas -* ***Designação de audiência de conciliação que não é obrigatória, podendo as partes, a qualquer tempo, celebrarem acordo extrajudicial*** *- Preliminares rejeitadas. EMBARGOS À EXECUÇÃO - Argumentos do embargante que não convencem - Pretensão do embargante de sua exclusão do polo passivo da ação de execução - Descabimento - Alienação do imóvel dado em garantia hipotecária não altera a sua posição de devedor na cédula rural pignoratícia excutida - Ausência de comprovação da notificação do credor hipotecário de que os adquirentes do imóvel hipotecado se obrigaram ao pagamento dos débitos discutidos - Art. 303 do Código Civil - Necessidade de prévia anuência do credor hipotecário para venda de bens gravados por hipoteca cedular - Art. 59 do DL 167/67 - Descabida a pretensão de reconhecimento de que o bem dado em garantia é suficiente para saldar a dívida pela ordem de preferência legal - Não houve qualquer constrição nos autos da ação de execução - Consentimento da esposa do embargante quanto à constituição da garantia hipotecária - Ob*servância do art. 1.647, I, do Código Civil. SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO." (Apelação Cível 1003087-72.2022.8.26.0196; Relator (a): Sergio Gomes; Órgão Julgador: **18ª Câmara de Direito Privado**; Data do Julgamento: **18/09/2023**).

"*Processual. Locação. Demanda consignatória de aluguéis julgada improcedente.* ***Não realização de audiência de conciliação. Omissão que não ofende a garantia do contraditório****. Demanda julgada antecipadamente. Cerceamento de prova. Inocorrência. Inércia da autora quando instada a especificar as provas que pretendia produzir. Elementos instrutórios presentes nos autos suficientes ao julgamento de mérito, nos termos em que posta a controvérsia. Arguição de nulidade afastada. Sentença hígida. Apelação da autora desprovida*." (Apelação Cível 1009118-14.2021.8.26.0562; Relator (a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: **29ª Câmara de Direito Privado**; Data do Julgamento: **30/08/2023**).

"*APELAÇÃO. Associação de moradores. Insurgência contra sentença que julgou procedente ação de cobrança de mensalidades inadimplida.* ***Não ocorrência do alegado cerceamento de defesa pela não desig-***

Acesso ao Sumário

***nação de audiência de conciliação. Partes que podem a qualquer tempo celebrar composição e submetê-la à homologação judicial**. Alegação de que foi incorreta a destituição do corréu Humberto do mandato de presidente da associação autora e que deve ser aplicada a isenção da taxa de manutenção prevista no estatuto social ao ocupante do cargo, bem como de irregularidade na aprovação da taxa extraordinária de manutenção. Requerido Humberto que já não ocupava o cargo de presidente da associação quando da realização da assembléia que o destituiu, inexistindo notícia de que pretendesse retomá-lo, embora tenha sido reconhecida em ação própria a irregularidade de tal destituição. Nomeação de administrador provisório que se deu com respaldo no artigo 49 do Código Civil. Descabida, portanto, a aplicação da isenção pleiteada. Taxa extraordinária de manutenção instituída por meio de assembléia. Necessário o manejo de ação própria para eventual reconhecimento de nulidade. Supostas recusas de acesso dos réus às contas da autora não justificam o inadimplemento, pois caberia a eles o exercício do direito de ação pleiteando a exibição de documentos. Sentença mantida. Recurso improvido*." (Apelação Cível 1003371-91.2022.8.26.0451; Relator (a): Maurício Campos da Silva Velho; Órgão Julgador: **4ª Câmara de Direito Privado**; Data do Julgamento: **10/08/2023**).

"*Apelação. Declaratória c.c. Indenizatória. **Nulidade por falta da audiência de conciliação**. Artigo 334 CPC/15. Inocorrência. **Partes que podem conciliar-se a qualquer tempo**. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Réu revel. Presunção de veracidade das alegações formuladas pela autora. Art. 344 do CPC. Inexigibilidade do débito reconhecida. Recurso improvido*." (Apelação Cível 1059828-69.2021.8.26.0002; Relator (a): Walter Exner; Órgão Julgador: **36ª Câmara de Direito Privado**; Data do Julgamento: **10/03/2023**).

"*Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. I**nexistência de dever de designar audiência de conciliação. Partes que podem celebrar acordo a qualquer tempo, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário**. Agravada, ademais, que não pode ser compelida a celebrar acordo, ou receber os valores devidos, na forma desejada pela agravante. Inteligência da regra do artigo 313, do Código Civil. Penhora sobre o faturamento da empresa executada. Possibilidade. Tentativa ineficaz de se encontrar outros bens. Medida que tem o escopo de garantir os interesses do credor sem impossibilitar a atividade empresarial exercida pela empresa agravante. Decisão mantida. Recurso não provido*." (Agravo de Instrumento 2228684-48.2022.8.26.0000; Relator (a): Ana Lucia Romanhole Martucci; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 17/10/2022).

No mesmo sentido, esta 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, ao apreciar casos similares onde não foi designada audiência de conciliação, assim decidiu (grifei):

"*RESCISÃO CONTRATUAL E REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Falta de*

Acesso ao Sumário

Pagamento. Adágio tantum devolutum quantum appellatum. Cerceamento de defesa que não se identifica na espécie. Magistrado que expôs satisfatoriamente as razões do seu convencimento. Hipótese em que as provas materiais dispensavam o prolongamento da instrução. Princípio constitucional que impõe a razoável duração do processo. Art. 5º, LXXVIII, da CF. Julgamento antecipado que, nessas circunstâncias, é dever do Juiz, não mera faculdade. ***A falta da audiência de conciliação/mediação não importa nulidade, pois as partes podem transigir a qualquer momento****. Diretriz há muito cristalizada perante o STJ. Instrumentalidade que deve prevalecer.* ***A composição das partes não depende de prévia audiência específica. Cabe ao magistrado decidir se existe causa bastante e suficiente a justificar seja designada audiência de conciliação ou de mediação****. Ré que, mesmo intimada a especificar provas, e para isso não era hipossuficiente, optou pelo silêncio preclusivo. Circunstâncias que tornam irrelevante o desejo de quitar a dívida. Autora que não pode ser compelida a celebrar acordos. Impossibilidade de se obstar a reintegração de posse. Recurso desprovido*." (Apelação Cível 1001288-85.2019.8.26.0426; Relator (a): Ferreira da Cruz; Data do Julgamento: **15/02/2023**).

"*APELAÇÃO CÍVEL. Prestação de serviços educacionais. Ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela. Sentença de improcedência da demanda. Inconformismo do autor. Preliminares de cerceamento de defesa e de vício na citação. Afastamento.* ***Ausência de designação de audiência de conciliação a que alude o art. 334, do CPC, não enseja a nulidade do processo, eis que não obrigatória, sendo facultado às partes, a qualquer momento, se conciliar****. Apropriado o julgamento antecipado da lide - como destinatário da prova, cabe ao Juiz aferir sobre a necessidade de sua produção. Ausência de vício na citação - determinação de nova diligência do ato, por mandado, a fim de se evitar futura arguição de nulidade da citação - Correta a providência. Poder Geral de Cautela do Magistrado na presidência do feito. Autor não realizou o aditamento do Fies para cursar o 9º e o 10º semestre - vínculo acadêmico que não se formou. Ré desobrigada a guardar as atividades, trabalhos e provas realizadas pelo aluno - Portaria MEC nº 1224/2016. Dano moral não configurado. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO*." (Apelação Cível 1004553-34.2018.8.26.0005; Relator (a): Sergio Alfieri; Data do Julgamento: 13/10/2020).

Mas não é só.

O C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA sedimentou entendimento de que a ausência de designação de audiência de conciliação não resulta em nulidade processual:

"*AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. COISA JULGADA.* ***DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA CONCILIATÓRIA. NÃO OBRIGATORIEDADE****. AU-*

Acesso ao Sumário

SÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. 1. Inviável o recurso especial que não impugna os fundamentos do acórdão recorrido (Súmula 283/STF). 2. Não é possível modificar, na execução, a indenização arbitrada na fase de conhecimento do processo, haja vista a coisa julgada. Precedentes. 3. ***A falta de realização de audiência de conciliação não é causa de nulidade do processo. Precedentes****. 4. Agravo interno a que se nega provimento*." (AgInt no AREsp n. 1.406.270/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18/2/2020).

Decididamente, a não designação de audiência de conciliação pelo Juízo *a quo* não ofende norma principiológica ou programática e a decisão recorrida não merece qualquer reparo, pois inexistem vícios ou nulidades a serem sanados, uma vez que foi prolatada de forma justa, adequada e proporcional ao caso concreto, em plena consonância com o atual entendimento jurisprudencial deste TRIBUNAL e do C. STJ.

De rigor, pois, a mantença da decisão agravada.

ISSO POSTO, NEGO provimento ao recurso e mantenho a r. decisão agravada.

Eis o meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2060906-19.2023.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante DINAMARCO, ROSSI, BERALDO & BEDAQUE ADVOCACIA, são agravados RENATA BENEZ ROCHA, REGINA HELENA MORAES PICOLOTO, ESPÓLIO DE AMERICO ROQUE CARDOSO FILHO REPRESENTADO POR ANA PAULA KNUDSEN CARDOSO, AUGUSTO DE CASTRO LIMA, MARCELO BENEZ ROCHA, PLACIDO ROCHA NETO, MARCIO MOURA MORAES, WALDIR FELIZOLA DE MORAES FILHO, ANDRÉA GOTTARDI HOLLAND, AVANY GOTTARDI PAOLIELLO, OLAIR FELIZOLA MORAES, CHRISTIANE MOURA MORAES GATTO, REINALDO MOURA MORAES, ALVARO ROQUE CARDOSO, ALCYR FELIZOLA MORAES PICCOLOTTO, ESPOLIO DE TEUCLE MANARELLI, CARMEM LUCIA MORAES PICOLOTTO, JOCELIM GOTTARDI MANNARELLI, RAFAEL MANNARELLI NETO, REINALDO GOTTARDI, ARMANDO GOTTARDI NETO, JOÃO FLAVIO LOPES, JOAO FLAVIO MORAES NETO, ARMANDO GOTTARDI FILHO, TEUCLE MANNARELLI FILHO e AGUINALDO GOTTARDI FILHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte

Acesso ao Sumário

decisão: "Negaram provimento ao recurso por Maioria de Votos, declara voto vencido o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.050 JV)**

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

São Paulo, 5 de outubro de 2023.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Cumprimento de sentença - Honorários sucumbenciais - Pedido de levantamento de valores depositados nos autos - Indeferimento - Insurgência - Exame do conteúdo do título judicial e do teor da liquidação em trâmite - Base de cálculo correspondente ao "valor não acolhido do pedido de condenação formulado na petição inicial" - Quantificação da verba sucumbencial pendente de discussão, não se podendo cogitar de montante incontroverso - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão proferida pelo r. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Araçatuba, que, em sede de cumprimento de sentença, indeferiu pedido de levantamento de valores depositados nos autos, salientando que o montante utilizado como base de cálculo da verba honorária sucumbencial pende de discussão, estando, inclusive, sob apuração em fase de liquidação de sentença, dada a pendência da conclusão dos trabalhos periciais, rejeitados, também, posteriores embargos de declaração (fls. 41 e 49 dos autos de origem).

A agravante anuncia terem sido arbitrados honorários sucumbenciais em seu favor no importe correspondente a 11% (onze por cento) do valor não acolhido do pedido de condenação formulado na petição inicial, explicando que o "*valor não acolhido do pedido de condenação*" consiste na diferença entre o pedido postulado na petição inicial e o concedido pelo acórdão proferido quando do julgamento de apelação. Afirma que "*essa diferença, por sua vez, corresponde às despesas que devem ser deduzidas do valor devido à DESTIVALE - ou seja, as despesas consistentes em (I) honorários advocatícios contratuais e (II) tributos incidentes sobre o valor devido à Destivale. Assim, a título de verba honorária sucumbencial, os ora agravados devem pagar, aos patronos da RAÍZEN, 11% do valor (I) dos honorários advocatícios contratuais e (II) dos tributos incidentes sobre o valor pago à Destivale*". Aduz que o valor dos tributos é controvertido e está sendo apurado no âmbito de liquidação de sentença,

Acesso ao Sumário

não sendo possível a cobrança da parcela dos honorários advocatícios sucumbenciais calculada sobre ditos tributos. Alega, no entanto, que a outra parcela da base de cálculo dos honorários sucumbenciais é conhecida e incontroversa, não tendo as partes divergido acerca do valor dos honorários contratuais componentes do montante a ser descontado do crédito dos agravados. Discorre que, no cumprimento de sentença que deu origem a este recurso, pleitearam a intimação dos agravados para pagamento dos valores atinentes à verba honorária, tendo os recorridos promovido o depósito do valor e pedido a extinção da execução, por se tratar de valor devido independentemente do resultado da liquidação. Frisa que o valor objeto do cumprimento de sentença (pago pelos agravados de modo voluntário e com expresso pedido de extinção da execução) diz respeito exclusivamente à parcela dos honorários incidente sobre as despesas líquidas e incontroversas, as quais independem do resultado da liquidação. Resume que: "*(I) os honorários advocatícios sucumbenciais cobrados no cumprimento de sentença são parciais e incidem exclusivamente sobre a parcela líquida e incontroversa da base de cálculo da verba honorária (desconto dos honorários advocatícios contratuais dos valores pagos pela UNIÃO); (II) o comportamento da parte executada (ora agravados), que depositou o valor cobrado no cumprimento de sentença indicando que o estava fazendo para 'satisfação da obrigação' (fls. 31) e pedindo a extinção da execução com fundamento no art. 924, inc. II do Código de Processo Civil, confirma o quanto dito neste recurso; e (III) trata-se de cumprimento definitivo de sentença (embora parcial), no qual deve ser autorizado o levantamento dos valores depositados a título de pagamento*". Enfatiza que, em planilha apresentada na liquidação, os agravados admitiram que o valor a ser deduzido a título honorários advocatícios contratuais tinha o valor histórico de R$ 8.085.952,22 (oito milhões, oitenta e cinco mil, novecentos e cinquenta e dois reais e vinte e dois reais), de maneira que essa parcela da base de cálculo dos honorários advocatícios sucumbenciais devidos a si é líquida e incontroversa, não sendo objeto da liquidação pendente. Acrescenta que os patronos da parte contrária ajuizaram, simultaneamente, cumprimento de sentença parcial, para recebimento da parcela dos honorários advocatícios sucumbenciais não dependentes do resultado da liquidação, tendo sido autorizado o levantamento do montante pago (Processo 0005960-69.2022.8.26.0032), de maneira que deve ser assegurado o tratamento isonômico das partes. Discorre que "*o levantamento deverá ser autorizado antes mesmo de julgado o mérito recursal, mediante concessão de tutela da evidência. E, caso Vossa Excelência repute necessário, poderá inclusive ouvir a parte contrária antes de apreciar o pedido liminar, concedo-lhe o prazo de 48 horas*". Aduz que, caso mantidas as decisões agravadas, os recorridos ficarão obrigados a responder por juros moratórios incidentes sobre o valor depositado até o efetivo levantamento, de maneira que a nenhuma das partes interessa seja impedido o levantamento dos valores depo-

Acesso ao Sumário

sitados. Pede "*liminarmente a antecipação da tutela recursal, na modalidade evidência, para que seja imediatamente autorizado o levantamento postulado pelo agravante às fls. 32-33 dos autos de origem. Em julgamento final, pede-se o provimento do recurso para que seja autorizado o levantamento dos valores depositados às fls. 32-33 dos autos de origem*" (fls. 01/13).

Foi salientado que o rito previsto no artigo 311 do CPC de 2015 não se compadece com aquele próprio a um agravo de instrumento, não sendo anunciada urgência, devendo o recurso tramitar no efeito meramente devolutivo (fls. 1355/1359).

Em contraminuta, os agravados argumentam, em síntese, que "*o Juízo de piso teve pela necessidade de se aguardar o término do processo de liquidação de sentença, sendo irrelevante, para tanto, o ânimo de pagamento manifestado pelos Agravados*"; que "*diante da controvérsia instaurada pela própria constituinte do Agravante na Liquidação de Sentença, não se tem nos autos de origem a execução de honorários sobre 'importância líquida e incontroversa', do que decorre a ausência de fundamento para reforma da decisão agravada com base em tal argumento*"; que "*muito diversamente do que ocorre no feito no qual foi proferida a decisão recorrida, não houve qualquer controvérsia a respeito de valores nos autos do Cumprimento de Sentença nº 0005960-69.2022.8.26.0032*" e que "*efetuado o depósito frise-se, na condição de pagamento, exatamente porque a sociedade Agravante utilizou como base de cálculo para chegar à sua honorária a planilha anexada pelos Agravados na contestação da liquidação pelo procedimento comum, não há que se falar em mora ou correção, até porque quem remunerará o depósito liberatório será a instituição bancária que recolheu os valores depositados pelos Agravados. Não há inadimplemento, não há qualquer obrigação que decorra da decisão judicial do Juízo originário, por parte dos ora Agravados*" (fls. 1365/1375).

A agravante apresentou manifestação impugnando as argumentações dos agravados, reiterando pleito de que seja dado provimento ao recurso e destacando que, na hipótese de não autorização do levantamento, os agravados permanecerão responsáveis pelos encargos moratórios (fls. 1413/1418).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A ação de cobrança e indenizatória ajuizada por Álvaro Roque Cardoso e outros contra de Raízen Energia S/A foi julgada parcialmente procedente, tendo sido dado parcial provimento a recursos de apelação interpostos por ambas as partes, ficando condenada a ré ao pagamento de 92,7742% (noventa e dois inteiros e sete mil setecentos e quarenta e dois milésimos por cento) dos valores relacionados às parcelas de precatório especificado na petição inicial, admitida a dedução de verba honorária contratual, dos tributos desembolsados pela própria ré e dos que ainda serão desembolsados por ocasião do recebimento de futuras

Acesso ao Sumário

parcelas, com os acrescimentos de correção monetária e juros moratórios legais. Os honorários foram arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação para os patronos dos autores e, considerando a reciprocidade da sucumbência, a verba foi fixada, para os advogados da ré, em 10% (dez por cento) do "*valor não acolhido do pedido de condenação formulado na petição inicial*" (fls. 59/111).

Após o julgamento de embargos de declaração e não tendo conhecido agravo tirado contra decisão denegatória da subida de recurso especial (com um aumento de 1% [um por cento] na verba honorária dos patronos dos autores [agravados]), objeto de posterior desistência, com o trânsito em julgado, a requerida (Raízen Energia S/A) deu início à liquidação de sentença, com o fim de que seja quantificado o valor devido aos agravados (Processo 0005731-46.2021.8.26.0032).

A agravante, por sua vez, sociedade mantida pelos patronos da ré Raízen Energia S/A, ajuizou o cumprimento de sentença que deu origem a este recurso, postulando a satisfação de crédito correspondente a parcela tida como incontroversa dos honorários advocatícios sucumbenciais. Pleiteou, portanto, a intimação dos agravados para pagamento do montante de R$ 1.316.711,50 (um milhão, trezentos e dezesseis mil, setecentos e onze reais e cinquenta centavos) (fls. 01/07 dos autos de origem).

Os agravados efetuaram o depósito judicial de dito montante, requerendo a extinção do cumprimento de sentença, com fundamento no artigo 924, inciso II do CPC de 2015 (fls. 31/33 dos autos de origem).

Sobreveio a decisão recorrida e irresignada, a agravante pretende reforma.

Na petição inicial do cumprimento de sentença em apreço, a agravante afirma que "*o valor ora cobrado, vale novamente registrar, não contempla a totalidade dos honorários sucumbenciais devidos aos patronos da RAÍZEN, seja porque ainda há parcelas do precatório a levantar, sobre as quais incidirão novos descontos de honorários contratuais, seja porque a verba honorária também incidirá sobre as despesas tributárias*".

A argumentação exposta pretende distinguir, então, conforme demonstrativo apresentado (fls.08), valores referentes às parcelas do precatório pagas entre 15 de janeiro de 2014 e 20 de janeiro de 2016, tendo, desde logo, como certos quais valores devem ser, nos termos do título judicial, descontados do valor principal da condenação, o que é o objeto da liquidação.

Em contraposição, porém, ao ser proposta a liquidação de sentença, a requerida não fez ressalva alguma, de maneira expressa ou implícita, quanto à limitação da quantificação prevista para ser feita, nada mencionando quanto à segregação de uma parcela da verba honorária sucumbencial, revelando a leitura da petição respectiva, em especial do texto do pedido final (fls.131), estar o pleito liquidatório voltado para a totalidade dos valores, sem exclusão de nenhuma

Acesso ao Sumário

parcela específica.

E, estabeleceu-se amplo dissenso acerca da quantificação do crédito derivado da condenação imposta, tendo a agravada impugnado as contas inicialmente apresentadas e apresentado parecer técnico com um conteúdo diverso (fls. 495 dos autos de origem), sem que seja possível, a esta altura, saber qual é o "*valor não acolhido do pedido de condenação formulado na petição inicial*".

O valor da verba honorária sucumbencial, por conseguinte, pende de discussão e, conforme o constante da contraminuta, não se pode cogitar de um valor incontroverso, ainda que parcial, divergindo as partes acerca da composição primária do cálculo subjacente ao crédito invocado pela parte recorrente.

Saliente-se, também, que, ainda que os agravados tenham requerido a extinção do cumprimento de sentença, cabe ao Juízo definir se o valor depositado nos autos efetivamente é incontroverso e se satisfaz o débito questionado.

Ademais, ao contrário do proposto, no cumprimento de sentença (Processo 005960-69.2022.8.26.0032), não há que se cogitar de ausência de tratamento isonômico entre os patronos das partes. Os honorários dos advogados dos autores foram fixados sobre outra base de cálculo e, como ocorreu o deferimento de levantamento de valores devidos autores da ação (ora agravados), com anuência da executada Raízen Energia S/A, a seus patronos, foi possibilitado o recebimento de montante correspondente a 11% (onze por cento) daquele já pago pela ré Raízen Energia S/A.

Tudo somado, a decisão recorrida merece ser mantida.

Nega-se, por isso, provimento ao presente agravo.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto Nº 26.873 (VENCIDO))

Data venia do entendimento do ilustre relator, Desembargador FORTES BARBOSA e do douto 2º Juiz, tenho que a decisão agravada deva ser reformada, na medida em que o depósito judicial, realizado na origem, o foi a título de pagamento, com **pedido expresso** de extinção do cumprimento de sentença (fl. 31 daqueles autos).

De acordo com o disposto no art. 924, II, do CPC, extingue-se a execução quando "*a obrigação for satisfeita*", o que, posto isso, como reconhecem os próprios agravados, ocorreu.

Mais não é preciso dizer, dada a clareza da situação processual, ***data venia***.

Dou provimento ao recurso.

É o respeitoso voto divergente.

CESAR CIAMPOLINI, 3º Juiz, vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2234470-39.2023.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante PABLO FURLANETO CARRETERO (MENOR), é agravado AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S/A.

ACORDAM, em 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 44761)**

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

São Paulo, 13 de novembro de 2023.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: GRATUIDADE DE JUSTIÇA - Pedido formulado em ação de indenização por danos morais - Em que pese o fato do agravante ser menor impúbere, dependente economicamente de seus genitores, verifica-se que a condição financeira demonstrada por seus representantes legais é incompatível com a concessão do benefício - Existindo prova em sentido contrário a infirmar a presunção de pobreza, na acepção jurídica do termo, decorrente da declaração prestada pela parte agravante, impõe-se a manutenção da r. decisão agravada, que indeferiu a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento oferecido contra a r. decisão, cuja cópia se encontra a fls. 70 dos autos de origem, que indeferiu pedido de concessão dos benefícios da gratuidade de justiça à parte agravante, determinando o recolhimento de custas e despesas processuais, no prazo de 15 dias, sob pena de indeferimento da inicial.

A parte agravante sustenta que: (a) "(…) são irrelevantes os rendimentos auferidos pelos genitores do Agravante, visto que não são partes no processo, e a hipossuficiência do menor é PRESUMIDA"; (b) "(…) todo benefício patrimonial será revertido em favor do Agravante, e não de seus representantes legais, razão pela qual, motivo não há para indeferir o pedido de assistência judiciária

Acesso ao Sumário

gratuita" e (c) "(…) a presunção relativa de veracidade da declaração de hipossuficiência da parte não foi desconstituída por outros elementos a não ser pelo argumento de que a família reside em condomínio nobre da cidade, o que não se mostra razoável para o indeferimento do benefício, tornando imperiosa a reforma do decisório a quo".

O recurso foi processado com atribuição de efeito suspensivo quanto à determinação de recolhimento de custas (fls. 84).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 91/94).

É o relatório.

1. Trata-se de ação nominada de "ação de indenização por danos morais" promovida pela parte agravante contra o agravado. Requereu a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça.

O pedido foi indeferido pela r. decisão agravada nos seguintes termos:

"Vistos.

Fls. 61/67: anote-se.

Indefiro o pedido de segredo de justiça, uma vez que não se enquadra nas hipóteses elencadas no artigo 189 CPC, tampouco no Estatuto da Criança e do Adolescente. Remova-se a respectiva tarja.

Outrossim, em que pese a incapacidade civil do autor, em razão de sua tenra idade, seu sustento provém de sua família, a qual reside em condomínio nobre nesta cidade.

Assim, indefiro o pedido de gratuidade da justiça.

Recolha a parte autora as custas e despesas processuais, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento da inicial (parágrafo único do art. 321 do CPC).

Após, cite-se com as formalidades legais.

Em observância ao princípio da razoável duração do processo, artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, a audiência de conciliação será designada tão logo haja manifestação de interesse das partes, tendo em conta que a conciliação mostrou-se inviável em ações semelhantes, anteriormente ajuizadas.

Dê-se ciência ao Ministério Público.

Int".

2. A pretensão recursal da parte agravante é de reforma da r. decisão agravada para a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça.

3. Desnecessária a intimação da parte agravada prevista no art. 1.019, II, do CPC/2015, para resposta, com juntada da documentação que entender necessária, para o julgamento do recurso, porque sua ausência, no caso dos autos, não lhe trará prejuízo, ante o desprovimento do agravo de instrumento, pelas razões a seguir expostas.

Acesso ao Sumário

4. Mantém-se a r. decisão agravada.

4.1. Quanto à concessão da gratuidade de justiça prevista no CPC/2015, adota-se a seguinte orientação: **(a) "Para o benefício de assistência judiciária basta requerimento em que a parte afirme a sua pobreza, somente sendo afastada por prova inequívoca em contrário a cargo do impugnante."**(STJ -3ª Turma, AgRg no Ag 509905/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, v.u., j. 29/11/2006, DJ 11.12.2006 p. 352, conforme site do Eg. STJ); **(b) "Bastante à formulação do pedido de assistência judiciária a apresentação de requerimento ao juiz da causa, sem necessidade de maior instrução, podendo, no entanto, vir o mesmo a ser indeferido se dos elementos já constantes do processo, ou trazidos pela parte adversa em impugnação, for possível concluir que a alegação de pobreza não corresponde à realidade."** (STJ - 4ª Turma, REsp 654748/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, v.u., j. 14/03/2006, DJ 24.04.2006 p. 402, conforme site do Eg. STJ); **(c) "I. É entendimento desta Corte que "pelo sistema legal vigente, faz jus a parte aos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família (Lei n. 1.060/50, art. 4º), ressalvado ao juiz, no entanto, indeferir a pretensão se tiver fundadas e motivadas razões para isso (art. 5º)"** (AgRgAg nº 216.921/RJ, Quarta Turma, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 15/5/2000). II. **"Havendo dúvida da veracidade das alegações do beneficiário, nada impede que o magistrado ordene a comprovação do estado de miserabilidade, a fim de avaliar as condições para o deferimento ou não da assistência judiciária."** (AgRg nos Edcl no AG n. 664.435, Primeira Turma, Relator o Senhor Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 01/07/2005)." (STJ-4ª Turma, AgRg no Ag 714359/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, v.u., j. 06/06/2006, DJ 07.08.2006 p. 231, conforme site do Eg. STJ); **(d) "Esta Corte Superior entende que ao Juiz, amparado por evidências suficientes que descaracterizem a hipossuficiência, impende indeferir o benefício da gratuidade, uma vez que se trata de presunção juris tantum."** (STJ-2ª Turma, AgRg no Ag 334569/RJ, rel. Min. Humberto Martins, v.u., j. 15.08.2006, DJ 28.08.2006 p. 252, conforme site do Eg. STJ); e **(e) "O juiz pode negar o benefício da assistência judiciária gratuita, apesar do pedido expresso da parte que se declara pobre, se houver motivo para tanto, de acordo com as provas dos autos."** (STJ-3ª Turma, AgRg no Ag 909225/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 03/12/2007, DJ 12.12.2007 p. 419, conforme site do Eg. STJ).

Verifica-se, assim, que, para a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, para pessoas naturais, basta a declaração de pobreza, na acepção jurídica do termo, mediante simples afirmação, em petição, ante a presunção *iuris tantum*, elidível mediante prova em sentido contrário, mas nada impede que o MM

Acesso ao Sumário

Juízo da causa, quando tiver fundadas e motivadas razões para isso, indeferir ou realizar diligências para verificação do alegado estado de miserabilidade.

4.2. A declaração da parte agravante de que "a atual condição econômica não permite demandar em juízo sem prejuízo do seu sustento próprio e da sua família" (fls. 21 dos autos de origem) restou infirmada pela prova constante dos autos.

Na espécie, em que pese o fato do agravante ser menor impúbere, dependente economicamente de seus genitores: (a) encontra-se representado por sua genitora, que exerce a profissão de advogada (fls. 21 e 22 dos autos de origem); (b) a parte agravante reside com seus genitores em um condomínio de alto padrão na cidade de São José do Rio Preto/SP (cf. pesquisa realizada junto ao site Google Street View); (b) o pedido de concessão do benefício da gratuidade de justiça foi formulado pela parte autora em ação objetivando a condenação da parte ré agravada em danos morais, ante a falha na assistência ao passageiro relativa ao atraso ocorrido em viagem contratada pela parte agravante com a companhia aérea ré para a cidade de Porto Seguro/BA, com direito à hospedagem em resort; (c) as custas processuais não se revelam de elevada monta, ante o valor atribuído à causa (R$ 13.020,00, cf. fls. 19 dos autos de origem) e (d) os próprios genitores, bem como sua avó e terceira integrante do mesmo grupo familiar ajuizaram outra ação, com o mesmo pedido de danos morais formulado em seus próprios nomes, acrescido de pedido de pagamento de indenização por danos materiais, perante o Juizado Especial Cível (Ação nº 1041068-28.2023.8.26.0576 - MM Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de São José do Rio Preto).

Destarte, reconhece-se que a declaração de hipossuficiência econômico-financeira prestada pela parte agravante restou infirmada pela prova produzida nos autos e não justifica a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça.

Quanto à possibilidade de indeferimento do pedido de concessão do benefício da gratuidade de justiça, quando o representante legal de menor impúbere demonstrar ter condições financeiras para custear a demanda, a orientação deste Eg. Tribunal de Justiça: "**Agravo de instrumento. Gratuidade da justiça requerida por menor impúbere, representada por sua mãe. Deferimento pelo magistrado. Impugnação da Ré alegando que o pai da Autora tem patrimônio suficiente para arcar com as custas e despesas do processo. Possibilidade de consideração do patrimônio do pai da requerente para análise do pedido. Elementos dos autos que afastam a hipossuficiência**. Impugnação acolhida. Revogação da gratuidade. Recurso provido" (36ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº2076209-78.2020.8.26.0000, rel. Des. Pedro Baccarat, j.06/07/2020, o destaque não consta do original).

Acesso ao Sumário

Sendo assim, existindo prova em sentido contrário a infirmar a presunção de pobreza, na acepção jurídica do termo, decorrente da declaração prestada

pela parte agravante, impõe-se o indeferimento da concessão dos benefícios da gratuidade de justiça.

5. Em resumo, o recurso deve ser desprovido, revogando-se o efeito suspensivo concedido.

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

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011521-50.2022.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes I.A.N.L. (REPRESENTANDO MENOR(ES)), M.S.S.S. (REPRESENTANDO MENOR(ES)) e M.N.S.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado I.R.S.S.L. - H.G.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª 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 44754)**

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

São Paulo, 2 de outubro de 2023.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Parte apelante que não requereu a produção de prova pericial no momento da especificação de provas, tampouco justificou a pertinência da realização de prova oral nem arrolou as testemunhas que pretendia ouvir - Preliminar rejeitada.

AÇÃO INDENIZATÓRIA - Alegação da prática de violência obstétrica - Improcedência do pedido - Inconformismo - Desacolhimento - Companheiro da parturiente que foi impedido de acompanhar o parto porque estava muito agressivo, ensejando o acionamento da Polícia Militar - Parto realizado por cesariana - Inocorrência do alegado descumprimento do art. 1º da Lei 17.137/2019 - Sentença mantida.

Acesso ao Sumário

Preliminar rejeitada e recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por I.A.N.L. e outros em face de I.R.S.S.L. - H.G.G., tendo a r. sentença de fls. 386/388, de relatório adotado, julgado improcedente o pedido.

Inconformada, apela a parte autora sustentando, preliminarmente, nulidade da sentença por cerceamento de defesa. No mérito, em síntese, afirma ser fato incontroverso que o coautor M. foi impedido de acompanhar o parto, em total respeito à legislação de regência. Afirma que houve resistência à realização do parto por cesariana e não foi observado o disposto no art. 1º da Lei n. 17.137/2019. Pede o provimento do recurso para anular a sentença e restituir os autos à origem para a regular instrução ou, alternativamente, para julgar o pedido inicial procedente (v. fls. 391/413).

Recurso respondido (v. fls. 417/433).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar porque a matéria em discussão não se insere em nenhuma das hipóteses do art. 178 do Código de Processo Civil (v. fls. 44/445).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

De início, a preliminar de cerceamento de defesa não comporta acolhimento.

Com efeito, no momento da especificação das provas que pretendia produzir, a parte autora se limitou a requerer a produção de prova oral (fls. 383), não podendo agora se insurgir contra a não realização de prova pericial.

Vale destacar, por relevante, que a parte autora tece comentários acerca de juros, capitalização, cobrança de encargos abusivos (v. fls. 396) e prova contábil (v. fls. 397), em total descompasso com a matéria em discussão, mas não esclarece quais as testemunhas que pretende ouvir.

No mérito, é caso de aplicar o disposto no art. 252 do RITJSP e ratificar os fundamentos da r. sentença apelada, proferida nos seguintes termos:

"*1. Trata-se de ação que I.A.N.L., M.S.S.S. e M.N.S.S. movem contra I.R.S.S.L. - H.G.G., pretendendo, em síntese, a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 30.000,00 para cada um em razão de atos ilícitos de violência obstétrica sofridos por eles quando do nascimento da terceira autora, filha dos dois primeiros.*

(...)

2. Ainda que tomados como verdadeiros todos os fatos narrados na inicial, o pedido é improcedente (CPC, art. 355, I).

Isso porque, a bem da verdade, o que se verifica no caso é a simples intenção dos autores de se locupletar à custa da ré, que em momento algum

Acesso ao Sumário

prestou atendimento irregular.

Veja-se que a autora I. já inicia o seu relato reclamando, de forma subjetiva, da forma como foi tocada por um médico da ré um dia antes de ser internada para o parto. No dia do parto, alega que teve de esperar, por algumas horas, a realização de cesárea após não ter consigo induzir parto normal

Ora, ainda que tudo seja verdade, isso não implica a prática de ilícito ou violência obstétrica, na medida em que cabe à equipe médica que a atendia, e não a ela e a familiares, leigos, a indicação de um ou outro método de atuação.

Nada se tem nos autos que indique, sequer minimamente, a inadequação do atendimento prestado, sendo certo que não se presta a presente demanda à descoberta fortuita de informações nas quais a parte simplesmente acredita.

A espera de poucas horas para a realização da cesárea, constatada no contexto geral de primeiro se tentar o parto natural e estar-se em um hospital público, sem disponibilidade necessariamente imediata de atendimento cirúrgico, justificam, de pronto, a espera relatada pela autora, a qual ela considera violenta.

E mesmo a dor relatada esperada, anote-se, já que ela estava em trabalho de parto é elemento subjetivo impossível de valoração.

No ponto, curioso notar que, mesmo em meio a todo este sofrimento da esposa, o autor M. se retirou do local e saiu para almoçar.

Ora, fosse a situação tão crítica quanto se pretende fazer crer na inicial, certamente o marido da autora I. e pai do bebê não teria abandonado o seu lado para se alimentar.

Sobre a condição específica do autor M., da mesma forma, nada de irregular se verifica na conduta da ré, uma vez que, embora fosse seu direito acompanhar o parto, foi a sua própria animosidade contra a equipe médica que fez com que fosse retirado do local.

Na inicial, às fls. 10/11, os autores sustentam que formalizaram reclamação do atendimento junto ao Serviço Social, sendo atendidos pela assistente social M.M.F. Do seu relatório, contudo, a assistente social consta que: "Familiares bastante agressivos verbalmente, discorrendo diversas críticas à equipe médica, enfermagem e segurança (...) Oriento o companheiro quanto à autorização ao uso de imagem profissional e gravação do atendimento. Este por sua vez verbaliza de maneira agressiva que eu posso 'procurar meus direitos' e inclusive acionar a equipe de segurança e policial, como fizeram ontem".

A Polícia Militar, inclusive, teve de ser acionada para acalmá-lo (fl. 12).

Ou seja, além de outros motivos de ordem eventualmente técnica, como a natureza do procedimento, houve razão para que fosse barrada a sua entrada no centro cirúrgico.

Logo, legítima a conduta da ré.

O mesmo vale para a retenção do bebê no berçário, uma vez que, no-

Acesso ao Sumário

vamente de acordo com o que consta da própria inicial, a autora I., durante o parto, demonstrou tendências automutilatórias, na medida em que se arranhava com um garfo, segundo ela para reduzir a dor que sentia durante a indução.

Ora, ainda que a versão prestada seja verdade, nada mais natural que a equipe médica investigasse o ocorrido primeiro para, somente depois, afastada qualquer possibilidade de risco ao recém-nascido, liberá-lo aos cuidados da mãe.

Em resumo, conforme já se adiantou, o que se verifica, no caso, com clareza, é a intenção dos autores, mesmo após o nascimento de sua filha sem qualquer intercorrência objetiva ou, se subjetiva, minimamente relevante , de auferir vantagem patrimonial indevida contra a ré dois anos após os fatos, ora numa busca fortuita por informações nas quais acreditam sem qualquer embasamento técnico ou legal, ora simplesmente superdimensionando os eventos narrados, o que, embora compreensível pela peculiaridade do momento em si, do parto, não se pode entreter judicialmente, sob pena de desvirtuamento do instituto da responsabilidade civil.

3. Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE o pedido, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Em razão do resultado do julgamento, condeno os autores ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários devidos ao patrono da ré, verba fixada em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, observada, contudo, a gratuidade concedida" (v. fls. 386/388).

E mais, o documento de fls. 297 é suficiente para justificar o motivo pelo qual o coautor M. foi impedido de acompanhar o parto de sua companheira, destacando-se:

"*acompanhante extremamente agressivo, entra no centro cirurgico. Dr M., Dr D., Dr I. tentam conversar com ele, porém o mesmo apresenta-se agitado e agressivo. Necessário auxílio da Polícia Militar e equipe de segurança do hospital para contê-lo*".

Já o direito previsto no art. 1º da Lei n. 17.137/2019 não foi ignorado, pois a coautora I. foi submetida a cesariana (v. fls. 114/115) e o bebê só não permaneceu consigo no quarto por cautela, considerando que antes do parto I. estava produzindo lesões no próprio braço com um garfo, fato que também foi descrito na petição inicial (v. fls. 9/12).

Em suma, a r. sentença apelada não comporta reparos.

Cabe a majoração dos honorários advocatícios de 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, considerando o trabalho adicional realizado em grau recursal, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, ressalvada a gratuidade processual concedida a fls. 180.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1065291-23.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante S.S.L., é apelado P.EC.A.A.L.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Realizada a sustentação oral em Segredo de Justiça. Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.140)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LÚCIA PIZZOTTI (Presidente sem voto), PAULO ALONSO e CARLOS RUSSO.

São Paulo, 4 de outubro de 2023
MONTE SERRAT, Relator

Ementa: Apelação - Ação declaratória cumulada com indenização por danos materiais - Contrato de licenciamento de uso de semente básica para produção e comercialização de milho híbrido - Alegação de inadimplemento quanto ao pagamento de royalties devidos pela comercialização das sementes - Previsão contratual - Prova documental e pericial suficiente para embasar a pretensão inicial - Ausência de nulidade da sentença - Procedência do pedido - Inversão do ônus sucumbencial - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação na qual a autora relata ser única detentora do direito exclusivo à produção e comercialização dos híbridos de semente de milho que indica. Alega ter firmado dois contratos de licenciamento de uso com a ré em 2010, com prazo certo, mas com possibilidade de renovação automática, o que perdurava até o ajuizamento da ação. Sustenta a falta de pagamento dos *royalties* devidos pela comercialização dessas sementes, que resulta em débito de R$ 4.998.421,00, sendo R$ 1.358.586,00 pela safra de 2019/2020 e o restante da safra de 2018/2019, o que resultou na rescisão contratual. Requer, antecipadamente, que seja reconhecida a obrigação de não usar e comercializar as sementes, com inutilização das sementes básicas recebidas e, no mérito, a confirmação da liminar, declarando rescindido o contrato, e a condenação da ré ao pagamento de R$ 4.998.421,00.

A r. sentença (fls. 1.664/1.666) julgou improcedente a ação. Em razão da sucumbência, a autora foi condenada a arcar com as despesas processuais e

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios, fixados em 20% do valor da causa.

Apelação da autora (fls. 1.709/1.772) alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença em razão de cerceamento de defesa, considerando a necessidade de produção de prova oral que foi indeferida pelo juízo, de ausência de fundamentação de decisão acerca das principais questões e provas submetidas ao julgamento, assim como a prova pericial e os pedidos declaratório e de confirmação da liminar, de ausência de prova do único fato extintivo da obrigação arguido pela ré em sua contestação e de ausência de concessão de oportunidade de manifestação acerca do fundamento que justificou a improcedência do pedido. No mérito, sustenta, em síntese, que há equívocos na sentença, considerando que a ré nunca afirmou "inexistir previsão de cobrança de *royalties*", tendo se limitado a afirmar que pagou os *royalties* devidos "embutidos" no preço das sementes, que os contratos celebrados entre as partes preveem a obrigação de pagamento pelo uso das sementes básicas para produção e comercialização de híbridos de milho (i.e. de *royalties*) e como e quando os respectivos preços seriam definidos, a cabal comprovação da existência da dívida e do *quantum* devido pela ré a título de *royalties* pela produção e comercialização de híbridos de milho, e a necessária condenação da apelada ao pagamento de indenização pelo uso indevido de tecnologia sem pagamento da devida contraprestação. Prequestiona as matérias e todos os dispositivos legais mencionados, e pede a anulação da sentença; alternativamente, a procedência da ação, com antecipação de tutela recursal; e, subsidiariamente, a redução dos honorários sucumbenciais.

Contrarrazões (fls. 1.779/1.791) pela manutenção da sentença.

Recurso tempestivo e preparado (fls. 1.774/1.775).

Oposição ao julgamento virtual pela apelante (fls. 1.797) e pela apelada (fls. 1.799).

É o relatório.

Primeiramente, não ficou configurado o alegado cerceamento de defesa, tendo em vista a ausência de concreta necessidade de produção de outras provas, as quais, na presente demanda, eram essencialmente documentais para o esclarecimento das questões em debate, sendo, portanto, desnecessária a produção de prova oral tal como constou na decisão que saneou o feito (fls. 565), nos termos do art. 370, parágrafo único, do CPC. Logo, era permitido o julgamento antecipado da lide, como prevê o artigo 355, I, do CPC.

Igualmente não se vê nulidade da sentença por qualquer outro motivo, tal como a alegada ausência de fundamentação dos pronunciamentos acerca das principais questões e provas submetidas ao julgamento. Ainda que concisa, a decisão foi fundamentada e contém todos os fatos que levaram o douto magistrado à sua decisão, analisando todas as alegações e provas constantes nos autos.

Além disso, houve análise do mérito como um todo, mostrando-se incabível a "concessão de oportunidade de manifestação acerca do fundamento que

Acesso ao Sumário

justificou a improcedência do pedido" como pretendia a apelante, sendo certo que o feito foi saneado (fls. 564/567) e as partes tiveram a oportunidade de produzir prova documental, bem como a prova pericial (fls. 1.474/1.556). Diante da improcedência da ação, por consequência lógica e jurídica, não houve a confirmação da antecipação de tutela, mesmo que não tenha constado expressamente a sua revogação.

Ainda que no relatório da sentença tenha constado que a ré afirmou "inexistir previsão de cobrança de *royalties*", se lê na contestação: "Conforme se comprova em cláusula 7.1.1 dos contratos juntados aos autos pela própria requerente, a obrigação de pagamento das sementes (produto + royalties) sempre esteve atrelada à aquisição das sementes" (fls. 243). Tem-se, portanto, que houve pequeno equívoco no relatório da r. sentença, que, por outro lado, não influenciou no julgamento. Isso porque a improcedência do pedido foi fundamentada na ausência de previsão contratual para a cobrança, o que não seria alterado caso constasse a cópia da alegação da ré.

Pois bem.

A apelante alega em seu recurso que o seu pleito é baseado na cláusula 7.1, enquanto o pagamento previsto na cláusula 9 é referente às sementes básicas, sendo, portanto, dois tipos de contraprestações diferentes (v. fls. 1.714). Há informação ainda de que em outra ação, que tramitou perante Vara do Estado do Paraná (autos nº 0015751-41.2018.8.16.0045), a autora pleiteou o pagamento pela venda das sementes no valor de R$ 1.218.776,06, justificando ser diverso dos *royalties* ora pleiteados. Naqueles autos, a ré alegou o excesso de entrega de sementes, pois foram entregues sacas além das solicitadas.

Relatou que a dinâmica da operação era da seguinte forma: a ré/licenciada recebia as sementes, cultivava e as replicava para venda ao mercado consumidor. Do resultado da operação de venda das sementes deveria a demandada pagar à autora um percentual livremente contratado entre as partes a título de *royalties* (fls. 08/09).

A cláusula 7.1 prevê as obrigações da licenciada, entre elas a de pagar à autora pelo uso das Sementes Básicas objeto do contrato, conforme cronograma e quantidades indicadas no Plano Plurianual, nos preços acordados quando da solicitação de entrega de Sementes Básicas pela Licenciada, obedecida a proporção de progenitor feminino para cada progenitor masculino recomendada, de acordo com as características técnicas dos progenitores (Anexo II) e a época de plantio (fls. 72, destaques meus).

Os demais itens da cláusula 7.1, sendo eles 7.1.2 a 7.1.8, preveem obrigações diversas que não dizem respeito ao pagamento de preço, a exemplo de providenciar e fornecer relação de documentos, comunicar quando houver alteração na estratégia de marketing e venda, e permitir a realização de vistoria e exame dos campos de produção das sementes.

Acesso ao Sumário

Já a cláusula 9 prevê que o preço das Sementes Básicas será fixado na data em que a contratada solicitar a respectiva entrega e corresponderá ao valor cobrado do material após a sua produção (fls. 74, destaque meu).

Se observa ligeira discrepância entre as cláusulas 7.1.1 e 9, conforme destaques acima, sobretudo porque a primeira é pelo uso das sementes, e baseada na "proporção de progenitor feminino para cada progenitor masculino recomendada, de acordo com as características técnicas dos progenitores (Anexo II) e a época de plantio" e a segunda corresponde ao valor "do material". Chama a atenção a redação da primeira cláusula que prevê cobrança pelo uso das sementes, o que é diferente de compra das sementes.

Mesmo que sejam pouco claros os critérios utilizados para os cálculos, é certo que pela prova material juntada nestes autos, sobretudo pelos *e-mails* trocados entre as partes, a logística de operação era mesmo apresentada a cada entrega. Os *e-mails* constantes nas fls. 191/198 expõem de forma objetiva os valores fixos que seriam cobrados a título de *royalties*: para os híbridos Balu 184 e Balu 761, R$ 18,75 por saca (fls. 191/192); para o híbrido Balu 388, R$ 127,50 por saca (fls. 197/199); para o híbrido Balu 383, R$ 115,00 por saca (fls. 197/199).

A prova pericial produzida por perito de confiança do juízo teve como objetivo avaliar se há valor devido pela ré à autora a título de *royalties* referente a utilização incontroversa dos híbridos de milho e, ainda, qual o valor devido. A conclusão do perito (fls. 1.474/1.556), foi de que foram fornecidos 45.040 kg de sementes, que correspondia a R$ 6.190.831,90 em setembro de 2022.

Por mais que a ré tenha afirmado que o pagamento era único (compra e venda + *royalties*), todo o exposto acima torna pouco crível a sua versão, e suficientemente embasada a versão da autora (art. 371, I e II, do CPC). Cabe destacar que causa estranheza que uma empresa que forneça híbridos de semente para que sejam cultivadas e replicadas para venda, material biológico que é tão valioso, cobre "apenas" o valor da venda do produto em si, e não os *royalties* pelo "licenciamento do uso" que é exatamente o objetivo do contrato firmado livremente pela ré e o denomina.

Acesso ao Sumário

Forçoso, portanto, o reconhecimento da procedência do pedido, com a confirmação da decisão que concedeu a antecipação de tutela (fls. 566/567), nos limites do pedido inicial. A rescisão contratual é consequência lógica do inadimplemento, conforme previsão contratual (cláusula 14.5 - fls. 75).

Quanto ao prequestionamento, não é preciso que o julgador se refira expressamente a todos os dispositivos aplicáveis ao caso, mesmo porque o acórdão está fundamentado em argumentos suficientes para a sustentação do julgamento e o prequestionamento é implícito em relação a todas as normas jurídicas que sustentaram o debate.

Posto isso, **dou provimento** ao recurso para julgar procedente o pedido,

confirmando a decisão que concedeu a antecipação de tutela em caráter liminar (fls. 566/567), e para: a) condenar a ré na obrigação de não fazer consistente na cessação imediata do uso, a que título for, e comercialização das sementes de híbrido de milho identificadas sob os nº 36178, 36241, 02425 e 12589, e o uso e exploração do material biológico gerado a partir do contrato ora rescindido, e na obrigação de fazer consistente em destruir ou inutilizar as sementes recebidas por força do contrato, mediante monitoramento e acompanhamento da autora, o que será fixado em sede de cumprimento de sentença, sob pena de *astreinte* já fixada em primeiro grau no valor de R$ 100.000,00 por dia de descumprimento limitada a 30 dias (fls. 566/567); b) declarar a rescisão do contrato firmado entre as partes a partir de 07 de maio de 2020 (fls. 144/145); c) condenar a ré ao pagamento de R$ 4.998.421,00, com correção monetária e juros de mora de 1% ao mês desde a data do ajuizamento da ação, considerando que o valor já havia sido atualizado pela autora desde a notificação extrajudicial (v. fls. 08). Em razão da reforma, e diante da sucumbência, deve a ré arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono da autora, fixados em 10% do valor da condenação (art. 85, § 2º, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1046908-86.2019.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante PROTENSÃO IMPACTO ENGENHARIA LTDA., são apelados INTERBUILD CONSTRUÇÕES LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) e SOROSISTEM MATERIAIS COMPOSTOS S/A (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 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 23912)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e DANIELA MENEGATTI MILANO.

São Paulo, 9 de outubro de 2023.

NUNCIO THEOPHILO NETO, Relator

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - CONTRATO DE LOCAÇÃO DE MÓDULOS HABITÁVEIS PARA CANTEIRO DE OBRAS - PRETENSÃO DA AUTORA CALCADA EM NOTAS FISCAIS DITAS INADIMPLIDAS PELAS CORRÉS. Sentença de

Acesso ao Sumário

improcedência da pretensão em razão da dinâmica atribuída aos faturamentos condicionados a boletins de medição, subscritos também por um engenheiro residente. Ausência dessas assinaturas e ciclo de faturamento incompleto. Inconformismo da autora, fundamentado na efetividade dos serviços e confissão da dívida segundo o encadeamento de e-mail's juntados. Exame dessa cadeia de mensagens sem condições de formar o convencimento, mormente porque deles não se pode atribuir equivalência aos boletins de medição juntados sem assinatura e notas fiscais só em parte colacionadas. Ônus da prova do qual não se desincumbiu o autor (art. 373, inciso I, do CPC). Sentença mantida.

Recurso desprovido, com a majoração ope legis dos honorários advocatícios.

VOTO

Vistos, etc.

A r. sentença de fls. 691/693, cujo relatório fica incorporado, julgou improcedente a pretensão da autora nos autos de ação de cobrança ajuizada contra as corrés, a seu cargo as custas e despesas processuais, os honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado atribuído à causa aos advogados das corrés, 5% a cada qual.

Rejeitados (fls. 706) embargos de declaração interpostos pela autora (fls. 698/705), inconformada, interpõe ela recurso de apelação (fls. 709/719), sustentando, em síntese, que: **(I)** em junho de 2015 celebrou "contrato de locação de módulos habitáveis" com a corré Sorosistem, antes denominada Tecsis, instalados em obra localizada na Via Atlântica, BA 530, Km 6, sem número, Polo Industrial de Camaçari, Bahia, CEP: 42800-000, recebendo remuneração mensal conforme "boletins de medição mensal" a serem encaminhados para aprovação; **(II)** sucedeu que as corrés tornaram-se inadimplentes de diversas notas fiscais que somam o valor histórico de R$ 81.556,20, cediço que os serviços contratados foram efetivamente prestados, como provam os *e-mails* e boletins de medição que instruem a petição inicial; **(III)** o débito foi confessado, nos termos dos *e-mail's* a fls. 13/61, daí a incoerência da r. sentença ao julgar improcedente a pretensão de cobrança a pretexto de que os serviços prestados não estão provados; e **(IV)** a correção monetária e os juros de mora devem incidir desde o vencimento de cada título, conforme os arts. 394 e 395 do Código Civil. Intenta a reforma e a procedência de pretensão de cobrança para condenar as corrés, de forma solidária, ao pagamento de R$ 121.358,92, com a inversão dos ônus de

Acesso ao Sumário

sucumbência.

Intimadas para as contrarrazões, as corrés atenderam, apresentando-as a fls. 725/729 e 730/734, ambas com a arguição de insuficiência do preparo recursal diligenciado a fls. 720/721, circunstância demonstrada pelos cálculos elaborados a fls. 739, sobrevindo o encaminhamento do recurso ao tribunal e a distribuição ao relator em razão de prevenção gerada pelo agravo de instrumento n. 2100198-79.2021.8.26.0000.

A fls. 741 a autora objeta o julgamento virtual, visando sustentar oralmente, por videoconferência.

Constatada a insuficiência do *quantum* do preparo recursal, este relator prevento facultou a complementação (fls. 742) diligenciada pela autora a fls. 745/747.

É o necessário a relatar.

O recurso tempestivo foi devidamente preparado e preenche os requisitos do art. 1.010 e incisos do CPC.

Conheço, portanto, do recurso.

Apreende-se da petição inicial que a autora celebrou com a corré Interbuild Construções Ltda. o contrato de locação de módulos habitáveis n. CT/3361, datado de 05 de junho de 2015, pelo qual comprometeu-se a locar "*módulos habitáveis para canteiro de obras instalados: escritório com 187,11 m2, almoxarifado/depósito com 102,06 m2 e área de lazer com 204,12 m2*", o faturamento a ser diligenciado em desfavor da corré Tecsis Tecnologia e Sistemas Avançados S/A., hoje denominada Sorosistem Materiais Compostos S/A. (fls. 100/104).

A cláusula "3" do contrato em questão, adotada pela r. sentença como fundamento da improcedência da pretensão de cobrança, tem especial relevância na solução da pretensão recursal, ao estipular que:

> *"Quaisquer faturas ou notas fiscais emitidas pela CONTRATADA, relativas ao presente contrato, somente serão reconhecidas como válidas pela CONTRATANTE, para efeito de pagamento, quando apresentadas juntamente com a MEDIÇÃO. A medição será emitida em impresso próprio da CONTRATANTE, preenchido e vistado pelo Eng. Residente da Obra em questão e pelo sócio/e ou pelo representante legal da CONTRATADA.*
> *"Deverão estar anexos à medição, procuração do representante legal da CONTRATADA, no caso do mesmo ter assinado a medição. Na medição será retido os valores referentes aos impostos destacados e devidos, os mesmos serão liberados mediante apresentação das guias quitadas referente ao mês anterior ao do faturamento.*
> *"Fica acordado que o recebimento da medição final está condicionado à assinatura do Termo de Encerramento de Obra, pelo representante legal da CONTRATADA,*

Acesso ao Sumário

com firma reconhecida.
"(...)".

A petição inicial especifica que os valores escriturados nas notas fiscais ns. 677, 680, 728, 737, 772, 773, 774, 780, 797, 807, 865, 867, 880, 881, 882, 924 e 1.024 somam R$ 81.556,20 e foram inadimplidas pelas corrés. Já às fls. 94/99, foram exibidas só parte dessas notas fiscais, ns. 677, 797, 880, 881, 882 e1.024, e, a fls. 82/93, boletins de medição carentes de assinatura da autora, muito menos da "*fiscalização*" preconizada pela cláusula "3" retro transcrita.

Em que pese a sistemática cartesiana atribuída ao faturamento, condicionando-o a boletins de medição assinados pela autora e por um engenheiro residente, essa lógica parece não ter sido atendida pela autora que, ao ajuizar a pretensão peca pela abstração, sem se dar ao trabalho de correlacionar autorizações paralelas, alheias à dinâmica do contrato, aos boletins de medição e às tais nota fiscais que ela afirma não terem sido pagas.

O recurso de apelação afirma que os *e-mails* a fls. 13/61 provam a efetividade dos serviços prestados, assim como a confissão da dívida pelas corrés, mas não é isso que se apreende do exame dessas mensagens.

O que há é uma incessante reclamação da autora acerca de notas fiscais inadimplidas, seguida de uma mensagem da lavra de Ana Carolina Rosa, assistente de infraestrutura da corré Tecsis, hoje denominada Sorosistem, acerca da liberação de Nota Fiscal referente ao boletim de medição de maio de 2016, pedido n. 083275 (fls. 712), aparentemente sobre o "BM-09" não juntado dentre os colacionados a fls. 82/93, de ns. 01, 02, 03, 01 novamente, 13, 04, 10, 12, 05, 14, 11, e 08, nessa ordem.

Já a mensagem oriunda da mesma preposta da corré reproduzida a fls. 713 apenas trata da desmobilização de três contêiners no dia 23 de setembro de 2016, com a orientação de emissão de boletim de medição considerando os meses inadimplidos, ("01/06 a 23/09/16"), não sendo possível atribuir correlação dessa solicitação com os boletins de medição juntados, inclusive no quesito lapso temporal demarcado no *e-mail*.

Os *e-mail's* reproduzidos a fls. 714/715 também nada dizem. Um envia comprovantes de pagamento da Tecsis e faz alusão a previsão de pagamento das demais notas, sem especificá-las, até o dia 14 de outubro de 2015; o outro demarca a certeza de emissão de nota fiscal no dia 03 de novembro de 2015, desde que haja pedido de compra, pois há a necessidade de "*seguir o fluxo: Emissão de pedido de compra > Depois Emissão de NF - OK?!*".

Em arremate, é curioso o *e-mail* a fls. 14/16, datado de 20 de março de 2019, no qual houve a descrição dos débitos cobrados com a pretensão seguida de uma mensagem da corré Tecsis no mesmo dia, de Kelly Silva, do departamento financeiro, assim redigida: "*Essas NFs foram faturadas para a Tecsis? A Tecsis não temos nenhuma NF em aberto para a Protensão Impacto*". (*sic*, fls.

Acesso ao Sumário

17).

Enfim, o melhor seria que a autora cumprisse o contrato tal como entabulado, e se ajuizou a pretensão sem o cuidado de provar que esse deslize é desimportante à solução do impasse, que ao menos descrevesse fatos coesos e bem situados no contexto temporal de modo a facilitar a compreensão e apreender autorizações emanadas das corrés por outros meios.

Diante desse cenário, a questão só pode ser resolvida pelo ônus da prova.

Alegando a autora fato constitutivo do seu direito, incumbia a ela, nos termos do art. 373, inciso I, do CPC, a prova de que o ciclo de faturamento contratado foi todo implementado e dele estava autorizada a emissão de uma determinada nota fiscal. Isso não foi feito.

Moacyr Amaral Santos, em lição clássica sobre a prova no processo civil sob a égide do art. 333 do estatuto processual revogado, já afirmava que:

> "*A cada uma das partes, em verdade, incumbe fornecer a prova dos fatos por ela afirmados, cabendo ao autor, em regra, a prova dos fatos constitutivos do direito que pleiteia e ao réu, em regra, a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos desse direito" (Prova judiciária no cível e comercial, Ed. Saraiva, 1983, 5ª ed., vol. 1, pág. 153)*.

Não provada de forma clara a existência dos créditos reclamados na pretensão, com efeito a solução sentenciada é incensurável.

Aliás, faça-se a observação de que ninguém melhor do que a autora para estabelecer fatos claros, indícios razoáveis e prova suficiente dos faturamentos anuídos pelas corrés, visto que esses documentos certamente estão na sua posse.

A propósito, José Carlos Barbosa Moreira ensina que:

> "*Inverossímil afigurar-se a hipótese de permanecer inerte o autor ou o réu, deixando de aproveitar as oportunidades que se lhe abrem de produzir prova, para calmamente aguardar que a certeza sobre o fato seja estabelecida graças às pesquisas do juiz ou às declarações do adversário. Entre outras razões, porque, na maioria das vezes, a própria parte interessada é que estará, decerto melhor que ninguém, e talvez com absoluta exclusividade, em condições de indicar as fontes de prova, ou de ter acesso a elas*" (Temas de Direito Processual, Ed. Saraiva, Segunda Série, 1980, págs. 73/82, n. 7).

Como muito pouco de concreto a autora logrou trazer para formar o convencimento, a r. sentença deve ser mantida

Desprovido o recurso interposto pela autora, com mais razão permanecem sob sua responsabilidade as custas e despesas processuais, as de reembolso às corrés com atualização monetária desde os desembolsos, os honorários advocatícios majorados *ope legis* (art. 85, § 11, do CPC) a 12% do valor atualizado atribuído à causa aos advogados das corrés, sem fracionamento, com correção monetária desde a publicação deste acordão, mais juros de mora, de 1% ao mês, contados do trânsito em julgado (§ 16).

Acesso ao Sumário

Posto isso, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0002858-91.2015.8.26.0288, da Comarca de Ituverava, em que é apelante LUCIANO LOPES DE ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ SEGUROS S/A.

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 57.287)**

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

São Paulo, 19 de outubro de 2023.

ALMEIDA SAMPAIO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO - Incapacidade de trabalhar - Autor aposentado pelo sistema previdenciário - Doença degenerativa: osteoartrose nos quadris - Laudo que afirma: "não é geradora de invalidez funcional total por doença, haja vista que a vida de relação e autonômica está preservada". - Indenização não devida - Apelo improvido.

VOTO

Luciano Lopes de Almeida ajuizou ação de cobrança de seguros, em desfavor de Itaú Seguros (Prudential do Brasil Vidas em Grupo S.A) afirmando que é aposentado por invalidez e que sendo segurado, pleiteou o recebimento do que entende ser devido. Todavia, a ré negou-se ao pagamento afirmando não haver indenização, eis que cuida-se de doença, inexistindo, desta maneira, a obrigação de pagar.

A ação foi julgada improcedente e o autor apela reafirmando seu entendimento no sentido de ser factível a procedência da ação, pois estão presentes os requisitos legais.

O recurso foi devidamente processado e houve apresentação de contrarrazão em que se pugna pela manutenção da sentença.

Este é o relatório.

Com o devido respeito a entendimento diverso, o apelo não deve ser aco-

Acesso ao Sumário

lhido.

A questão posta resume-se na admissão da incapacidade do autor de exercer atividade laborativa e, em consequência, da necessidade de haver a indenização.

De pronto, deve se atentar ao fato de que o autor é pessoa jovem, tendo, à época do exame pericial, trinta e sete anos e que possui doença, osteoartrose nos quadris, sendo, por isso, aposentado por invalidez, já que não poderia exercer sua profissão, rurícola.

É da essência do contrato de seguro haver restrições. Esta circunstância, mesmo admitindo ser o seguro de vida em grupo regido pelo Código do Consumidor, não pode ser entendida como cláusula abusiva.

Não se exclui o direito do consumidor. Apenas se estabelece que determinadas situações não são indenizáveis.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

"*As instâncias ordinárias, com base no contrato de seguro em grupo, em conjunto com as provas colacionadas (laudo pericial), não reconheceram o nexo causal entre a atividade laboral do segurado e a lesão degenerativa que lhe acomete, concluindo que a enfermidade não foi resultado de lesão súbita incapacitante. Além disso, expuseram o fundamento de que, em virtude das conclusões do perito judicial, a concessão de aposentadoria por invalidez securitária não era suficiente para enquadrar a incapacidade do beneficiário ao risco contratado. Entendimento diverso por meio do especial demandaria o revolvimento de cláusulas contratuais e do acervo probatório.*"[1].

Desta exposição conclui-se que mesmo havendo a incidência do Código de Defesa do Consumidor, não há como estabelecer, sem prova segura, a procedência da ação. Ademais a concessão da aposentadoria previdenciária não se confunde com a indenização contratual.

No caso, o laudo pericial reconhece que o autor possui moléstia que o impede de exercer determinada função, mas "***não é geradora de invalidez funcional total por doença, haja vista que a vida de relação e autonômica está preservada***".[2]

Conclui-se, deste quadro, ser impossível admitir que o autor está **totalmente impossibilitado** de exercer outras atividades, o que afasta a viabilidade da procedência da ação.

As custas e despesas processuais correm na forma determinada na sentença e o honorário de Advogado é fixado em 11%, calculado na forma da sentença.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

1 AgRg no AREsp 528723/SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM EECURSO ESPECIAL 2014/0129008-8

2 Fls 407 - negrito não constante do original

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1055404-60.2022.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante CAROLINE CAETANO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ANHANGUERA EDUCACIONAL PARTICIPAÇÕES 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: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34053)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente) e MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL.

São Paulo, 23 de outubro de 2023.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Apelação Cível. Prestação de serviços escolares. Ação de obrigação de fazer e indenizatória por danos morais. Sentença de improcedência. Recurso da autora.

Autora que alega que seu acesso à plataforma da instituição ré foi interrompido. Autora que realizou o pagamento da matrícula. Existência de e-mails enviados pela ré reconhecendo a matrícula da autora.

Reconhecida a matrícula pela ré, não pode, agora, alegar licitude em restringir o acesso da aluna à plataforma, porque a matrícula não teria sido efetivada.

Danos morais indenizáveis reconhecidos e fixados em R$ 5.000,00, valor suficiente a compensar a autora pelos danos sofridos.

Sentença reformada para julgar procedente a ação. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença proferida à f. 218/221 destes autos de ação de obrigação de fazer e indenizatória por danos morais, movida por **CAROLINE CAETANO DA SILVA** em relação a **ANHANGUERA EDUCACIONAL PARTICIPAÇÕES S/A**, julgou improcedentes os pedidos.

Condenou a autora no pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Apelou a autora (f. 224/225 e 229/239) alegando, em suma, que: (a) rea-

lizou a matricula no curso da ré e chegou a participar das aulas e a fazer uma prova; (c) a ré bloqueou o seu acesso; (d) era ônus da ré comprovar suas alegações, tendo ela apenas apresentado telas internas de seu sistema; (e) a matrícula foi efetivada, tendo sido aproveitada a nota do Enem e liberado o acesso inicialmente; (f) a ação deve ser julgada totalmente procedente.

A apelação, não preparada por ser a recorrente beneficiária da assistência judiciária, foi contra-arrazoada (f. 243/257).

É o relatório.

A sentença foi disponibilizada no DJE em 06.06.2023 e foi publicada no primeiro dia útil subsequente (f. 223).

A apelação, por equívoco, foi protocolada em 30.06.2023 diretamente no segundo grau na categoria do SAJ referente a agravo de instrumento, tendo recebido o número 2165186-41.2023.8.26.0000.

Apesar de inserida na categoria errada no SAJ, foi nomeada, pela recorrente, como apelação, mencionando que se tratava de recurso contra a sentença.

Aquele recurso não chegou a ser distribuído, pois, antes da distribuição, foi reconhecido o equívoco pelo Presidente da Seção de Direito Privado nos seguintes termos: "Cancele-se. Considerando que se trata de Recurso de Apelação interposto como inicial, compete ao patrono corrigir tal equívoco." (f. 228).

Aquela mesma petição que se referia à apelação foi protocolada nestes autos em 05.07.2023.

O equívoco cometido pela recorrente é sanável.

Ela não interpôs agravo de instrumento em vez de apelação, o que implicaria o não conhecimento do recurso pelo erro grosseiro, que afastaria a aplicação do princípio da fungibilidade.

O equívoco consistiu, apenas, na seleção de categoria de peça diversa no sistema, mero erro formal.

Considerando-se o protocolo da apelação feito primeiro, ainda que na categoria errada, em 30.06.2023, o recurso é tempestivo.

Em 14.11.2022, a autora ajuizou esta ação afirmando que: (a) em 05.10.2022, efetuou sua matrícula junto à instituição ré para o curso de análise e desenvolvimento de sistemas; (b) poucos dias antes do início das provas, em 26.10.2022, o seu acesso à plataforma foi interrompido sem justificativa; (c) estava adimplente com as mensalidades e perdeu as primeiras provas; (d) as promessas da ré de resolução do problema não foram cumpridas; (e) em 07.12.2022, abriu reclamação no site "Reclame aqui", tendo a ré afirmado que não havia registros de sua matrícula; (f) sofreu danos morais indenizáveis, observado que poderia perder o semestre e ser desclassificada do processo seletivo de estágio ao qual estava concorrendo; (g) deveria ser invertido o ônus da prova.

Pediu: (a) tutela de urgência para que a ré regularize a matrícula, restabelecendo o acesso e permitindo que realize as provas; (b) confirmação da liminar

Acesso ao Sumário

e indenização por danos morais de R$ 5.000,00.

Juntou: (a) comprovante de pagamento de R$ 59,00 com CPF 846.859.297-80 (f. 21); (b) *prints* de conversas entre autora e a ré de 05.10.2022 (f. 22/25); (c) reclamação no site "Reclame aqui", com resposta da ré afirmando inexistir matrícula para o CPF da autora e não haver qualquer pagamento de R$ 59,90 (f. 26/28); (d) *print* de conversa de 19.10.2022 (f. 29); (e) disciplinas do curso (f. 30).

A tutela foi indeferida (f. 132/314).

Contestação às f. 163/181, alegando, em síntese, que: (a) a autora se inscreveu ao vestibular para o curso, na modalidade semipresencial no polo de Guarulhos/SP, mas não finalizou a prova *online* (f. 185); (b) a autora não realizou a matrícula, pois ela não concluiu a prova de vestibular; (c) não foi efetivada a inscrição da autora no curso junto à IES, inexistindo qualquer vínculo educacional entre as partes; (d) não há comprovante de pagamento dos R$ 59,00, observado que o documento de f. 21 aponta outro CPF, e não o da autora, e que o pagamento teria sido realizado por cartão de crédito, não constando o comprovante; (e) caso a autora pretenda realizar o curso na instituição ré, ela deverá ser aprovada no vestibular, efetuar o pagamento da matrícula e aceitar os termos do contrato de prestação de serviços educacionais, o que não foi feito; (f) a autora é devedora contumaz, constando seu nome no cadastro de devedores. Juntou documentos às f. 182/188.

Réplica às f. 192/203, afirmando que: (a) pagou os R$ 59,00 e o CPF que consta lá foi o de seu namorado, quem efetuou o pagamento; (b) participou das aulas e chegou a fazer uma prova; (c) nunca foi informada a respeito da falta de documento ou de problemas com o vestibular; (d) optou pela modalidade de ingresso pela nota do Enem, tendo sido aprovada com liberação do acesso inicialmente (f. 195); (e) recebeu e-mail da ré de pesquisa de satisfação sobre o processos de matrícula; (f) recebeu e-mail de orientação sobre a prova que faria (f. 199); (g) passou a receber cobranças de mensalidades que estariam atrasadas. Juntou *links* referente a vídeos da caixa de e-mail da autora com os e-mails enviados pela ré.

Acesso ao Sumário

Intimadas, as partes pleitearam o julgamento antecipado da lide.

Sobreveio a r. sentença.

A autora ajuizou esta ação afirmando que realizou a matrícula com a ré em 05.10.2022 para o curso de análise e desenvolvimento de sistemas, mas, em 26.10.2022, seu acesso à plataforma foi interrompido.

A ré afirmou que a autora de fato não tem acesso ao portal, pois ela não realizou a matrícula, inexistindo comprovante de pagamento da tsxa de matrícula de R$ 59,00, observado que ela não teria finalizado a prova on-line para o ingresso no curso.

Inicialmente, observa-se que, embora a ré tenha apresentado documento

de f. 43 com mensalidades que estariam em aberto, ela não alega que o bloqueio do acesso à plataforma tenha sido ocasionado por parcelas não pagas, mas apenas que não há qualquer relação jurídica entre as partes porque não houve matrícula.

Nesse documento de f. 43, consta histórico financeiro em nome da autora, apontando número da matrícula 3453579801 da aluna no curso análise e desenvolvimento de sistemas, 1º semestre, noturno.

Causa estranheza a alegação da ré de inexistência de relação jurídica entre as partes, se há cadastro interno da universidade com o nome da autora, número de matrícula e apontamentos de parcelas que estariam em aberto.

Nesse histórico, consta que: (a) houve pagamento de R$ 9,90 em 06.10.2022; (b) o valor de R$ 59,00 teria sido "cancelado" e (c) estariam em aberto as 6 parcelas de R$ 218,68 cada uma desde 14.10.2022 até 15.12.2022.

É fato incontroverso que a autora está sem acesso à plataforma da universidade ré.

A controvérsia cinge-se sobre: (a) ter a autora efetuado, ou não, a matrícula na instituição ré; (b) ter a autora pagado a taxa de matrícula de R$ 59,00; (c) ter havido falha na prestação da ré, que teria interrompido o acesso da aluna na plataforma; (c) a existência de danos morais indenizáveis.

O inconformismo merece acolhimento.

Aplica-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor, sendo a autora consumidora e a ré, prestadora de serviços educacionais, nos termos do art. 2º e 3º, do CDC, respondendo ela objetivamente.

A autora apresentou alguns links:

https://drive.google.com/file/d/1tWu6va4BRFa9BQ9dzTdbyFKy37SyS-BLC/view

https://drive.google.com/file/d/1LdJ52VwBJE_PHVgdiV mHgfT6Uvd-gkeU0/view

https://drive.google.com/file/d/1bkLxZf7b5tfoS45abTfaR 7F4V_ qC2YWd/view

O documento de f. 21 comprova que a autora realizou pagamento da matrícula por meio de cartão de crédito, no valor de R$ 59,00, sendo a ré a beneficiária.

Consta desse documento o nome da autora e o CPF de terceiro, que, segunda a autora, é de seu namorado, quem realizou o pagamento.

O CPF de terceiro nesse documento se refere apenas ao pagador e não altera a conclusão de que houve pagamento dos R$ 59,00 para a matrícula da autora, conforme boleto enviado pela própria ré em nome da autora.

Em pagamentos de boletos realizados mediante cartão de crédito, o comprovante de pagamento, como é o caso do documento de f. 21, é suficiente para comprovar o adimplemento, não se exigindo extrato da fatura do cartão de

Acesso ao Sumário

crédito.

A operadora do cartão repassa o valor ao beneficiário do pagamento e o cobra, na fatura do cartão, do seu titular.

Caso o titular do cartão não pague a fatura, a operadora adota, em relação a ele, as medidas cabíveis, não deixando de pagar o beneficiário.

Portanto, o pagamento da matrícula de R$ 59,00 foi comprovado, tendo a ré, inclusive, mencionado o recebimento desse comprovante, conforme print de conversa entre as partes juntado às f. 22.

A ré afirma, ainda, que a matrícula não teria sido concluída pela autora. Como prova disso, ela juntou telas de seu sistema interno mencionando "data aceite prova online: h - término prova online: não finalizada".

Conforme vídeo

https://drive.google.com/file/d/1bkLxZf7b5tfoS45abTfaR7F4V_qC2YWd/view, em 3:20, é possível verificar que a ré enviou documento à autora em que consta, expressamente, a aprovação da aluna no vestibular.

Analisando-se os outros vídeos juntados, verifica-se que a ré enviou vários e-mails à autora afirmando que a inscrição e a matrícula teriam sido efetivadas.

Consultando os e-mails apresentados no vídeo, (a) em 1:13, a ré confirma a aprovação da aluna por meio da nota dela no Enem; (b) em 2:13, consta e-mail em que a ré dá as boas-vindas à autora para o curso análise e desenvolvimento de sistemas na Anhanguera, constando: (b.1) "as ferramentas PDA (portal do aluno) e AVA (ambiente de aprendizagem virtual) serão suas aliadas. É por elas que você consulta disciplinas, conteúdos, atividades, pontuações, prazos, calendários acadêmicos, entre outras coisas"; (b.2) links para acesso ao portal do aluno e (b.3) a informação de que "além desses materiais, queremos lembrar você que o seu dia da semana e horário de ir à unidade/Polo é quarta-feira, às 19:05; (c) em 2:55, consta email enviado pela ré de boas-vindas aos calouros e solicitando que a autora respondesse à pesquisa de satisfação sobre o processo de matrícula já feito; (d) em 3:15, consta e-mail enviado pela ré em 19.10.22 à autora, constando, inclusive, o nome inteiro dela, mencionando *live* que ocorreria em 22.10.2022, às 9:30, com orientações sobre o primeiro semestre do curso.

Tais documentos comprovam que a ré já tinha reconhecido a efetivação da matrícula da autora.

Assim, não poderia ela, agora, alegar que a autora não finalizou a prova online, requisito para a matrícula, como justificativa ao bloqueio do acesso da aluna à plataforma.

É certo que houve falha na prestação dos serviços oferecidos pela ré.

A autora apresentou *prints* de conversas entre as partes, que comprovam que ela tentou resolver a questão administrativamente por várias vezes, inclusive por meio do *site* "Reclame Aqui".

Acesso ao Sumário

Considerando o reconhecimento da matrícula pela própria ré nos e-mails apresentados nos vídeos e o pagamento do valor da matrícula de R$ 59,00, não há justificativa para o bloqueio do acesso da aluna à plataforma.

Quando a autora ajuizou a ação em 11.2022, ela pretendia, em sede de liminar, o acesso à plataforma de seu curso a fim de que não perdesse as aulas daquele semestre, com a regularização da matrícula e indenização por danos morais.

Assim, fica a ré condenada a regularizar a matrícula da autora para que ela possa iniciar o curso interrompido, o que deverá ser feito na primeira oportunidade que a ré disponibilizar para o público as matrículas no curso e período que seriam cursados para autora.

Abertas tais matrículas, a ré deverá inscrever a autora no prazo de 48h, não podendo recusar o cumprimento desta decisão por suposta falta de vagas ou alegações semelhantes.

Caso não cumprida a obrigação, arcará com multa diária de R$ 2.000,00 limitada a R$ 50.000,00.

A falha na prestação dos serviços oferecidos pela ré acarretou à autora prejuízos que superam o mero aborrecimento cotidiano, observado que ela entrou em contato, por várias vezes, com a administração da ré na tentativa de solução do problema, mas sem êxito, ficando impedida de realizar o curso.

Fica a ré condenada no pagamento de indenização por danos morais de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigida monetariamente a partir da prolação deste acórdão e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Nesse sentido, menciono jurisprudência deste E. Tribunal:

> PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C.C. OBRIGAÇÃO DE FAZER - Liberação de acesso ao portal do aluno - Desídia - Impossibilidade de realização de atividades, provas e conclusão do curso - Danos morais manifestos - Indenização criteriosa - Redução - Descabimento - Ação parcialmente procedente - Recurso desprovido, com observação.
> (TJSP; Apelação Cível 1003887-08.2019.8.26.0002; Relator (a): Melo Bueno; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/09/2020; Data de Registro: 28/09/2020)

Dá-se, pois, provimento ao recurso para julgar os pedidos procedentes para condenar a ré: (a) a regularizar a matrícula da autora para que ela possa iniciar o curso, o que deverá ser feito na primeira oportunidade que a ré disponibilizar para o público as matrículas no curso e período que seriam cursados para autora, observando-se que, abertas tais matrículas, a ré deverá inscrever a autora no prazo de 48h, não podendo recusar o cumprimento desta decisão por suposta falta de vagas ou alegações semelhantes, estando sujeita, em caso de descumprimento, ao pagamento de multa diária de R$ 2.000,00 limitada a R$

Acesso ao Sumário

60.000,00, devendo ser intimada pessoalmente para o cumprimento da obrigação (Súmula 410 do STJ); (b) no pagamento de indenização por danos morais de R$ 5.000,00, corrigida monetariamente a partir da prolação deste acórdão e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Fica a ré condenada a recolher aos cofres públicos os valores que a autora teria desembolsado com custas e despesas processuais se não fosse beneficiária da assistência judiciária, corrigidos desde as respectivas datas em ela, autora, os teria pagado.

Fica a ré condenada no pagamento de honorários advocatícios fixados, por equidade, em R$ 1.500,00, corrigido desde a prolação deste acórdão e acrescido de juros de mora de 1% ao mês ao partir do trânsito em julgado.

Por tais motivos, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1077412-83.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANTONIA CRISTINA GONÇALVES MICHELONI, é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SAN DIMAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.910)**

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

São Paulo, 26 de outubro de 2023.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Condomínio. Ação de obrigação de fazer e ação de cobrança de multa por infração condominial. A regra que vem sendo adotada pelo condomínio, decidida nas assembleias de 09.05.1980 e 08.08.2023 e ratificada na realizada em 23.07.2023, é a de que o condomínio não iria contratar manobristas para não elevar os seus gastos e as vagas de garagem seriam distribuídas por sorteio entre todas as unidades, sem a necessidade de que ele fosse reiterado periodicamente. Situação consolidada pelo decurso do tempo. A conveniência de novo sorteio deve ser deliberada pelos condôminos. Aplicação ao caso específico do

Acesso ao Sumário

princípio da boa-fé objetiva e da teoria da supressio. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça.
Multa por infração contratual antecedida de advertência e, posteriormente, aprovada por unanimidade dos presentes, que representam o quórum especial de 2/3 dos condôminos. Sanção aplicada na forma prevista em lei.
Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 651/657, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido formulado na ação de obrigação de fazer nº 1077412-83.2020.8.26.0100 para determinar à ré que cumpra as obrigações dispostas nas assembleias condominiais realizadas em 09.04.1980 e 08.08.1983 e abstenha-se de estacionar seu veículo fora das vagas definidas por sorteio e atualmente demarcadas com os números 19 e 36. Julgou, ainda, procedente o pedido formulado na ação de cobrança de multa por infração condominial nº 1116519-37.2020.8.26.0100 para condenar a ré ao pagamento da quantia de R$1.045,00, com juros e correção a partir do vencimento. Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas e despesas de ambos os processos, além de honorários advocatícios de 20% do valor da ação cominatória e mais 20% da condenação referente ao processo em apenso.

Opostos embargos de declaração pelo autor (fls. 659/661) e pela ré (fls. 662/673), estes foram rejeitados e aqueles foram acolhidos para fixar multa diária de R$100,00 por ato de descumprimento do quanto determinado na sentença (fls. 674/676).

Apela a ré (fls. 678/712). Alega que é fato incontroverso nos autos que ela reside no condomínio desde o ano de 1976, sendo proprietária do apartamento nº 121 e duas vagas de garagem indeterminadas. Acrescenta que, nos condomínios em que as vagas de garagem são indeterminadas, é costume a realização de sorteios periódicos, para possibilitar a alternância de vagas menos favorecidas entre os condôminos. Releva que a questão envolve direito de propriedade dos condôminos sobre área comum do condomínio, razão pela qual é necessário o critério da unanimidade, uma vez que cada um é titular de uma quota parte. Destaca que a ausência de sorteio por mais de 40 anos torna definidas as vagas de garagem indiscriminadas, o que contraria a escritura de venda e compra do imóvel. Reforça que as vagas de garagem não são autônomas, e sim coletivas. Anota que o procedimento adotado pelo apelado, prorrogando o sorteio ocorrido no ano de 1983, operou contra o espírito de justiça e de convivência, que deve reinar entre os condôminos. Enfatiza que o rodízio periódico das vagas por sorteio deve ser respeitado para o bem geral. Ressalta a necessidade de se res-

Acesso ao Sumário

guardar direitos, sem privilégios, com acesso igualitário a todos os condôminos, nos termos do art. 1.335, inciso II, do CC. Assinala que a prática adotada pelo condomínio tornou definitivo o sorteio inicial, quando o correto seria a renovação periódica do sorteio, para uso rotativo das vagas indeterminadas pelos condôminos. Afirma que a dimensão/metragem das vagas de garagem não são igualitárias, como evidenciam os documentos de fls. 639/641, motivo pelo qual a situação de desfavorecimento não pode se eternizar. Sustenta não ser possível que assembleia, sem unanimidade, imponha situação que não seja rotativa, beneficiando alguns e prejudicando outros, bem como violando o princípio da isonomia. Ressalva que a apresentação pelo condomínio do mapa do sorteio realizado em 1980 é necessário para que se confirme a exata localização das vagas, pois a demarcação feita pela síndica não condiz com a realidade. Salienta ser fato incontroverso que até 28.09.2020 as vagas nunca foram numeradas e nem demarcadas. Observa que as vagas são indeterminadas segundo as escrituras e não poderiam ser identificadas com o número da unidade, porém a síndica demarcou algumas vagas e outras não. Alega que apartamentos foram demarcados em vaga diferentes das designadas no sorteio. Acrescenta que não pode cumprir a decisão judicial, uma vez que nem sequer o apelado sabe, com exatidão, quais as vagas de garagem correspondem ao seu apartamento. Argumenta ser fato incontroverso que em 03.02.2020, quando ocorreu o primeiro vazamento na garagem, o apelado não menciona que outras 07 vagas foram atingidas e que uma delas era a da própria síndica. Sustenta que em 23.04.2020, 80 dias após o primeiro vazamento, a síndica disponibilizou a vaga, ou seja, durante este período ela nada fez para resolver o problema. Ressalta que, em 22.04.2020, novamente ocorreu um vazamento na garagem que danificou mais uma vez o seu automóvel, não havendo mais vaga para que ela pudesse estacionar. Aduz que, antes da cobrança da multa, o condomínio deveria lhe ter oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos termos do Enunciado nº 92 do Conselho Nacional de Justiça Federal, o que não foi demonstrado nos autos. Releva que, para que possa prosperar a cobrança judicial da multa, é necessária a concessão de prazo razoável ao proprietário para propositura de recurso perante a assembleia. Afirma que os vazamentos no condomínio continuam, como demonstra a prova documental trazida aos autos, notadamente a ata da assembleia realizada em 02.06.2021. Sob tais fundamentos, requer a reforma da r. sentença.

Recurso contrariado (fls. 727/736).

É o relatório.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer, na qual o apelado almeja, em síntese, compelir a apelante a cumprir as determinações das assembleias condominiais realizadas em 09.04.1980, 08.08.1983 e 23.07.2020, que deliberaram e decidiram sobre o sorteio e a forma de utilização das vagas de garagem. Ingressou o apelado, ainda, com a ação de cobrança de multa por infração condominial.

Acesso ao Sumário

Os pedidos foram julgados procedentes aos seguintes fundamentos:
"Restou incontroverso nos autos que sempre foi observado no Condomínio o uso das vagas de garagem predefinidas e com exclusividade pelos condôminos.
Isso se dá porque na data de 09/04/1980 foi deliberado em Assembleia Condominial o sorteio para a determinação de vagas por unidade, com a ressalva de que haveria novo sorteio a cada 24 meses (p. 174).
A despeito de referida deliberação tem sido tomada em assembleia que não obteve o quórum qualificado, referida demarcação das vagas produziu efeitos inequívocos a partir de então, sendo respeitada por todos os condôminos durante mais de trinta anos, sendo que os usos e costumes constituem inequívoca fonte de direitos e obrigações.
A não observância do rodízio inicialmente previsto não afasta o direito dos condôminos continuarem a fazer uso das vagas definidas no sorteio para seu uso exclusivo, determinação esta que há de prevalecer enquanto não ocorrer um novo sorteio.
Saliente-se que por duas oportunidades, em 08/08/1983 e 23/07/2020 houve deliberação em assembleia para manutenção das vagas para uso exclusivo dos condôminos, conforme sorteio realizado em 09/04/1980, que hão de prevalecer em face dos interesses dos vencidos, enquanto não existir um novo sorteio de vagas ou alguma deliberação assemblear em sentido contrário.
Oportuna a colação da ementa de julgado em caso similar:
OBRIGAÇÃO DE FAZER - Vaga de garagem - Vagas indeterminada - Fixação permanente - Pretensão da autora de descumprimento de deliberação tomada por ocasião de Assembleia Geral Extraordinária - Impossibilidade - Assembleia que é órgão supremo do condomínio - Sentença de improcedência mantida - Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1059054-21.2017.8.26.0506; Relator (a): Claudio Hamilton; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/11/2018; Data de Registro: 30/11/2018)
Saliente-se que a Convenção define o uso da garagem com a contratação de manobristas, o que significa que, enquanto não houve deliberação sobre a contratação de manobrista ou outra forma de controle do uso das vagas, não há regulamentação que obrigue a realização de novo sorteio, diante das deliberações das referidas assembleias.
Nestes termos, a iniciativa da ré de estacionar o seu veículo em vagas de uso exclusivo de terceiro, conforme sorteio atualmente vigente, configura infração condominial que, diante de sua reincidência, justifica o ajuizamento da ação cominatória.
A alegada dificuldade da ré fazer uso da garagem sem o risco de danos decorrentes do vazamento que atingiu a vaga lhe foi sorteada não restaram comprovados pela prova produzida - pelo contrário, todos os depoimentos foram no sentido de que a vaga da síndica sempre esteva à sua disposição - e, de qualquer forma, o uso contrário ao sorteio pres-

Acesso ao Sumário

supunha prévia autorização do titular do direito de uso.

Em suma, a atual divisão e distribuição das vagas de garagem, apesar de não formalizada mediante alteração da Convenção do Condomínio, está consolidada há mais de quarenta anos, sendo que não há nos autos notícia de qualquer conflito referente à distribuição das vagas da garagem até os fatos que ensejaram a propositura da presente ação, prevalecendo o sorteio em 1980 enquanto não houver nova deliberação a respeito ou a contratação de manobrista para o uso indeterminado das vagas, conforme previsto na Convenção Condominial.

No que tange à ação de cobrança em apenso (Processo nº 1116519-37.2020.8.26.0100), é incontroverso que a multa foi aplicada em 05/05/2020 e não houve o seu pagamento.

Por sua vez, da análise da multa aplicada (p. 25) verifica-se que os fatos ilícitos foram devidamente singularizados, o dispositivo da Convenção do Condomínio violado foi apontado e o limite de um salário mínimo (Convenção, p. 55), para o ano de 2020, foi respeitado.

Ainda, a advertência de p. 23 demonstra que houve notificação prévia quanto à conduta antissocial praticada e o mero inconformismo da ré quanto à injustiça da utilização das vagas tradicionais não é justificativa para a reiterada utilização, sem autorização prévia de vagas destinadas a terceiros.

Por fim, houve ratificação da multa aplicada na assembleia realizada em 23/07/2020 (pp. 57/63).

Relevante salientar que a inexistência de uma decisão pela maioria qualificado apta a tornar definitivo o sorteio realizado em 1980 não afasta a sujeição de todos os condôminos ao sorte vigente que disciplina o uso do espaço das garagens".

A. r. sentença deve ser confirmada por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. 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*".

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento, quando predominantemente reconhece "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*".[3]

Acertadamente, foi reconhecido na origem que, há décadas, a regra que vem sendo adotada pelo condomínio, decidida nas assembleias de 09.05.1980

3 REsp 662.272/RS, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 04.09.2007; REsp 641.963/ES, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 21.11.2005; REsp 592.092/AL, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, j. 17.12.2004 e REsp 265.534/DF, 4ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 01.12.2003.

Acesso ao Sumário

e 08.08.2023 e ratificada na realizada em 23.07.2023, é a de que o condomínio não iria contratar manobristas para não elevar os seus gastos e as vagas de garagem seriam distribuídas por sorteio entre todas as unidades, sem a necessidade de que ele fosse reiterado periodicamente (fls. 50/53, 54/55 e 56/63).

É preciso destacar que a Convenção Condominial, em ser art. 5º, somente estabelece que "As garagens (com manobristas) destinam-se exclusivamente ao estacionamento de automóveis de passageiros, peruas ou utilitários, de propriedade dos condôminos ou de seus inquilinos, sendo vedado seu uso para qualquer outra finalidade" (fls. 33), nada dispondo a respeito da necessidade de sorteio de vagas de garagem periodicamente.

Ademais, não se pode ignorar que a ré adquiriu o imóvel que faz parte do condomínio em 28.10.1976, vindo a ingressar com a presente ação somente em 25.08.2020. A autora tinha pleno conhecimento da prática por anos adotada pelo condomínio, deliberada nas assembleias realizadas nos autos de 1980 e 1983, porém, somente após o decurso de cerca de quatro décadas, veio a juízo questionar uma situação que já estava consolidada pelo decurso do tempo. Inclusive, a autora, por anos, não se opôs em estacionar o seu veículo nas vagas atualmente demarcadas com os números 19 e 36, o que torna irrelevante, no contexto dos autos, a exigência da parte para que o condomínio apresente o mapa do sorteio realizado em 1980, sendo suficiente para amparar a pretensão inicial as atas das assembleias que revelam as vagas de garagem sorteadas a cada apartamento (fls. 52 e 58).

Em suma, as decisões tomadas nas assembleias, que são soberanas e obrigam a todos os condôminos, prevalecem, o que não obsta a alteração do resultado, caso os condôminos entendam conveniente discutir novamente a matéria e deliberem de forma diversa.

Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente deste E. Tribunal de Justiça:

> Condomínio edilício. Vagas de garagem. Atribuição e distribuição das vagas que não observa a convenção condominial. Pretensão a sorteios periódicos, mas deliberação, em assembleia, de permanência da situação já estabelecida. Pedido de novo sorteio rejeitado e judicialização da matéria. Situação de fato sedimentada há vários anos. Boa-fé objetiva e sua função de controle do exercício de direitos. *Supressio* que abrange também conduta dos antecessores. Recurso improvido, com observação. A demarcação e ocupação de vagas de garagem, ainda que unidades autônomas e com matrículas próprias, podem ser deliberadas pelos condôminos, máxime quando descritos como de localizações indeterminadas, não reclamando deliberação por unanimidade, mas por maioria. É válida a assembleia realizada e na qual se deliberou pela maioria dos condôminos a vigência por tempo indeterminado do sorteio feito, não se confundindo com situação de mudança da especificação parcial do condomínio. A Convenção de Condomínio estabelece tão somente estacio-

Acesso ao Sumário

namento de veículos com auxílio de manobrista, prevalecendo, contudo, deliberação longeva dos condôminos em assembleia de demarcação e sorteio das vagas. A conveniência e a oportunidade de novo sorteio deve ser deliberada pelos condôminos, não podendo o Judiciário determinar sua realização. Considerando situação de fato que perdura por lapso temporal razoável, prevalece o instituto da *supressio*, sendo irrelevante que os autores, condôminos há pouco tempo, tenham se oposto à sua manutenção, merecendo considerada também posicionamento de seus antecessores.

(TJSP; Apelação Cível 1123869-81.2017.8.26.0100; Relator (a): Kioitsi Chicuta; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/07/2019; Data de Registro: 23/07/2019).

No mais, a alegação da autora de que ainda há infiltração no prédio é matéria que foge aos limites da lide. Eventual vazamento nas vagas designadas à autora e desídia do condomínio em repará-lo, deverá, se o caso, ser discutido em ação própria.

Por fim, como bem decidido na origem, além da autora ter sido previamente advertida da infração condominial cometida, na assembleia realizada em 23.07.2020, a multa imposta à condômina foi aprovada por unanimidade dos presentes, que representam o quórum especial de 2/3 dos condôminos (fls. 57 e 59), de modo que não se vislumbra qualquer irregularidade na sanção aplicada na forma prevista em lei (art. 1.336, § 2º, do CC).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso. Deixo de majorar os honorários sucumbenciais, uma vez que eles já foram fixados no limite máximo previsto em lei.

É o meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013270-87.2018.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes CÁSSIO ROGÉRIO ZICATTI e ERAIDES DE AMORIM ZICATTI, é apelado CARLOS FABIANO ZICATTI.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2215)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente sem voto), MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO e VITOR FREDERICO KÜMPEL.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 5 de outubro de 2023.
CARLOS CASTILHO AGUIAR FRANÇA, Relator

Ementa: Apelação - Procedimento Comum - Condomínio - Sentença que condenou os réus a pagarem ao Autor 1/6 do valor obtido na locação dos bens comuns (frutos) desde o passamento do autor da herança até efetiva extinção do condomínio - Alegação de renúncia verbal do autor a esse direito e cerceamento de defesa - Inexistência de início de prova documental a respeito da renúncia, irrelevante a produção de prova testemunhal, que é dispensável para o deslinde da controvérsia - Inocorrência de cerceamento de defesa - Artigo 252 do Regimento Interno - Sentença mantida - Apelo desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de págs. 941/946, que julgou procedente o pedido para condenar os réus, ora apelantes, a pagarem ao autor 1/6 do valor obtido com a locação de todos os imóveis comuns, recebido por herança do marido/pai, desde o óbito deste, e os que vierem a ser percebidos até a extinção do condomínio, descontadas as despesas de administração dos bens, tudo a ser apurado em fase de liquidação, além de custas e honorários advocatícios no importe de 10% sobre o valor da condenação.

Pretendem os apelantes a reforma do *decisum*, afirmando, em preliminar recursal, que houve cerceamento de defesa, pelo indeferimento de produção de prova testemunhal. No mérito, aduziram ter o autor renunciado verbalmente a seu respectivo quinhão dos bens, deixando-os sob administração de sua mãe, a quem também pertenceriam, com exclusividade, os frutos percebidos pelo patrimônio em comum. (págs. 955/986).

O apelado apresentou contrarrazões recursais (págs. 990/1002), aduzindo, em suma, que a sentença deve ser mantida incólume.

Houve manifestação do apelado, se opondo ao julgamento virtual do recurso (pág. 1007)

Tempestivamente apresentado e presentes os demais requisitos de admissibilidade, fica o apelo recebido em seus regulares efeitos.

É a síntese do necessário.

Em que pese a argumentação expendida tem-se que a sentença deve ser mantida por seus próprios e bem lançados fundamentos, os quais são ora adotados como razão de decidir.

Conforme o disposto no art. 252 do Regimento Interno desta Egrégia Cor-

Acesso ao Sumário

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

Aliás, este tribunal tem aplicado, reiteradamente, tal dispositivo regimental, até e com vistas a dar concretude à garantia constitucional da tutela jurisdicional célere, conforme dispõe o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Nesse sentido, podem ser citados os seguintes precedentes: Apel. 994.02.069946-8, Rel. Des. Paulo Razuk, j. 08.06.2010; Apel. 994.05.0097355-6, Rel. Des. James Siano, j. 19.05.2010; Apel. 994.04.069012-1, Rel. Des. José Roberto Bedran.

Vale referir que o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado tal posicionamento, conforme se verifica do julgado a seguir transcrito:

> "Processual civil - acórdão proferido em embargos declaratórios - ratificação da sentença - viabilidade - omissão inexistente - art. 535, II, do CPC - ausência de violação.
>
> 1. Revela-se improcedente suposta ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, ainda que não aprecie todos os argumentos expendidos pela parte recorrente, atém-se aos contornos da lide e fundamenta sua decisão em base jurídica adequada e suficiente ao desate da questão controvertida.
>
> **2. É predominante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-o no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum.**
>
> 3. Recurso especial não-provido (REsp 662272/RS - Rel. Min. João Otávio de Noronha - 2ª Turma j. 04.09.2007 - DJ 27/09/2007 p. 248) (grifo próprio).
>
> Extrai-se da r. sentença:
>
> "(...) A tese de que o autor teria abdicado de receber os frutos da coisa comum em prol da genitora não restou demonstrada nos autos, sendo insuficiente a esta conclusão o trecho da conversa de whatsapp juntado com a contestação, mormente porque, com a contextualização, verifica-se que não havia intenção de renuncia. Pelo contrário. Das conversas se extrai que o autor estava questionando as movimentações financeiras, tudo a demonstrar que não havia renunciado ao direito que possuía (do contrário, não haveria razão para os questionamentos).
>
> Neste ponto, oportuno salientar que eventual produção de prova oral não teria o condão de alterar o entendimento do Juízo, notadamente porque se trata de suposta "renuncia" a direitos, sobre os frutos da herança, cuja interpretação deve ser restritiva. A prova documental leva a conclusão diversa, sendo a oral frágil para a finalidade pretendida.
>
> Superado o ponto e tendo por incontroversa a locação dos imóveis comuns nos períodos indicados na inicial, eis que não negadas pelos réus em defesa, forçoso concluir pela retenção e eventual apropriação indevi-

Acesso ao Sumário

das dos valores que seriam pertencentes ao autor.

Fixadas essas premissas, de rigor a procedência do pleito autoral, com a condenação dos requeridos ao pagamento do corresponde a 1/6 de todos os valores dos alugueres percebidos desde o óbito do genitor e os que vierem a ser percebidos com a locação dos imóveis comuns, até que ocorra a extinção do condomínio, descontadas as despesas comprovadamente realizadas (notas fiscais e recibos de prestação de serviço) com a manutenção/reforma dos bens imóveis (...)"

Como bem decidido, era absolutamente desnecessária a produção da prova requerida para perquirir a respeito da suposta renúncia do recorrido, aos direitos sobre o patrimônio comum, pois ainda que produzida, seria irrelevante para a comprovação do que se pretende.

Conforme consta no art. 108 do CC, "Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País."

Um pouco mais adiante, o mesmo Código Civil, em seu art. 114 também prevê: "Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente".

Analisando a questão, os recorrentes pleitearam a produção de prova testemunhal para comprovar renúncia verbal dos direitos do recorrido, sobre bens imóveis, em prol de sua genitora, ora recorrente.

Tal pretensão é dotada de dois vícios capitais, seja relativo ao objeto de prova, seja em relação ao que se pretende provar.

Como transcrito, a legislação prevê que somente será válida a renúncia de direito sobre imóveis, com valor superior a trinta salários mínimos, como no caso em voga, se manifestada por intermédio de escritura pública.

Dessa forma, ainda que as testemunhas relatassem a tal renúncia verbal, haveria vício quanto à forma de manifestação, não podendo ser considerada eficaz.

Seguem julgados desta corte que materializam tal entendimento:

Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável de Cobrança. Ajuizamento pelo varão. Sentença de parcial procedência. Inconformismo do autor no tocante à partilha e honorários advocatícios. Descabimento. **Invalidade de suposto acordo verbal sobre a partilha de bens imóveis. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.** Bens imóveis adquiridos durante a união estável partilhados na proporção de 50% para cada parte. Aplicação do princípio da sucumbência. Sentença mantida. Aplicação do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação

Acesso ao Sumário

Cível 1061837-72.2019.8.26.0002; Relator (a): Fábio Quadros; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 10ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 17/03/2023; Data de Registro: 17/03/2023) (Grifo Próprio).

Apelação - Ação Declaratória c.c. Indenização por Dano Material - Improcedência dos pedidos - Preliminar de nulidade da sentença por fundamentação deficiente (CPC, art. 489, § 2º, IV) - Decisão suficientemente fundamentada - Argumentos da Apelante que não têm o condão de alterar o decidido - Preliminar afastada - Mérito - Autora que pretende o reconhecimento de acordo verbal sobre divisão de imóvel rural e indenização decorrente de reserva legal imposta apenas sobre a área que lhe corresponde - Inviabilidade dos pedidos - Matrícula do imóvel que demonstra serem as litigantes coproprietárias de frações ideais sobre o bem - Autora que, em realidade, busca o reconhecimento de divisão do imóvel por esta via - Inadequação - Necessidade de propositura da ação adequada para divisão do bem comum - **Escritura Pública - Requisito essencial à validade do negócio jurídico que vise à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóvel de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo - CC, art. 108 - Forma especial em lei, que retira a validade da realização do acordo verbal** (CC, art. 107) - Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1012427-95.2021.8.26.0577; Relator (a): Luiz Antonio Costa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/05/2022; Data de Registro: 05/05/2022) (Grifo Nosso).

Outrossim, a renúncia deve ser interpretada estritamente, sendo que a própria provocação do judiciário por parte do autor, visando o recebimento de quantia que lhe é em tese de direito, já milita em desfavor a ocorrência de renuncia verbal. Ainda sobre isso o excerto de conversa juntado aos autos, em pág. 333, não comprova absolutamente nada, não servindo nem de início de prova para o que se alega.

Por fim, saliento ainda que, caso o intuito do autor fosse mesmo a renuncia de seus direitos sobre os bens herdados, poderia tê-lo feito no próprio bojo do processo de inventário de seu pai renunciando o que lhe cabia, ou até mesmo, quando da apresentação do plano de partilha, ter, juntamente com seus irmãos, cedido o usufruto vitalício a sua mãe dos imóveis em comum.

Quanto ao mérito propriamente dito, o magistrado de primeiro grau resolveu o feito com maestria, uma vez não comprovada a renúncia relatada e não impugnada a locação dos imóveis, o autor faz jus a sua *quota parte* dos frutos, relativos a sua copropriedade dos bens alugados.

Outrossim, também foi acertadamente reconhecido o direito de abatimento de despesas relativas à manutenção dos bens, bem como para a realização do inventário do autor da herança, desde que, devidamente comprovados em

Acesso ao Sumário

procedimento de liquidação de sentença.

Da mesma maneira vem decidindo este E. TJSP:

APELAÇÃO CÍVEL. Condomínio. Recebimento de aluguéis. Frutos civis do bem comum. Na ausência de prazo específico, aplica-se o prazo geral decenal. Preliminar de prescrição afastada. Incidência de juros. Obrigação que era positiva e líquida. Direito do apelado sobre parcela do bem imóvel constituído pelo princípio da saisine. Único herdeiro dos bens deixados pelo companheiro. Obrigação líquida e positiva. Exegese do art. 397 do CC. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1022069-34.2022.8.26.0003; Relator (a): Pastorelo Kfouri; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/07/2023; Data de Registro: 19/07/2023).

Apelação cível - Sentença que determinou que a ré entregue ao autor metade dos alugueres do imóvel em condomínio além de metade dos valores já recebidos - Pretensão de que reconhecida a propriedade exclusiva da ré sobre o imóvel - Impossibilidade - Imóvel adquirido em condomínio pela mãe (ré) e o filho (pai do autor), este falecido - Alegação de propriedade exclusiva já que o falecido somente participou do contrato para compor a renda, sem contribuir para a quitação não demonstrada - Amortização do contrato que se deu pelo seguro - Transmissão do direito ao único herdeiro no momento da morte pelo princípio de sainsine independente da abertura do inventário - Adjudicação do quinhão que já foi reconhecida nos autos do arrolamento - Estando as partes em condomínio tem o autor direito a parte do fruto pelos alugueres - Termo inicial que é o da citação - Sentença mantida - Recurso improvido.

(TJSP; Apelação Cível 1001099-33.2019.8.26.0095; Relator (a): Silvério da Silva; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Brotas - 1ª Vara; Data do Julgamento: 22/06/2023; Data de Registro: 22/06/2023)

Destarte, nada justifica alteração do veredito.

Voto pelo não provimento do recurso e pela majoração da verba honorária para 12%, preservada a base de cálculo, nos termos estabelecidos no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1121284-56.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é parte recorrente Vanesca Maria Rodrigues Foschine, Claudia Foschine, é a parte recorrida Qualicorp Consultoria e Corretora de Seguros S.A., Sul América Serviços de Saúde S.A.

ACORDAM, em sessão da 10ª Câmara de Direito Privado, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16746)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores: JOSÉ APARÍ-

CIO COELHO PRADO NETO (Presidente sem voto), ELCIO TRUJILLO e COELHO MENDES.

São Paulo, 10 de outubro de 2023.

JAIR DE SOUZA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Plano de Saúde. Contrato coletivo por adesão. Pretensão de revisão dos reajustes aplicados e devolução de valores pagos a maior. Admissibilidade. Reajuste com base na sinistralidade e Mudança de faixa etária. Disposição contratual que coloca o consumidor em desvantagem exagerada. Variação de preço de maneira unilateral e sem demonstração dos motivos ensejadores da reclamada majoração. Violação aos arts. 4º, IV, 6º, III, 51, incisos IV e X do CDC. Aplicação dos Temas 1016 e 952 do STJ. Abusividade configurada. Dever de devolução dos valores pagos a maior como consequente lógico, observando-se, neste cerne, a prescrição trienal. Preliminar de cerceamento de defesa. Afastada. Inversão do ônus sucumbencial. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 624/628, que julgou improcedente a ação manejada pela ora apelante, pretendendo a revisão do contrato coletivo de plano de saúde firmado com a parte requerida, por entender abusivos os reajustes aplicados, pleiteando o recálculo das mensalidades bem como devolução dos valores pagos a maior.

R. sentença cujo dispositivo se colaciona a seguir:

"3. Ante o exposto, nos termos do art. 487, I, do CPC, julgo IMPROCEDENTES os pedidos.

Deixo de revogar a liminar, pois concedida em segunda instância.

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, fica a parte autora 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

Acesso ao Sumário

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 causa.

Após o trânsito em julgado desta sentença, na fase seguinte de cumprimento (art. 523 do CPC), deverá a parte vencedora, nos termos do Provimento CG 16/2016 e Comunicado CG 438/2016, providenciar o peticionamento eletrônico - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, no portal e-SAJ escolher a opção "Petição Intermediária de 1º Grau", categoria "Execução de Sentença" e selecionar a classe, conforme o caso: "156 Cumprimento de Sentença", dispensada a anexação dos documentos mencionados no Provimento CG Nº 16/2016, haja vista o art. 1.285, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça.

Por fim, nada mais havendo a cumprir e uma vez certificado o trânsito em julgado, arquivem-se os autos com as cautelas de praxe.

P.I."

No presente instante, inconformada, a parte recorrente suscita, preliminarmente, cerceamento de defesa, notadamente ante a imprestabilidade dos cálculos unilaterais.

No mérito, alega i) ofensa aos direitos do consumidor, pela abusividade e falta de transparência acerca dos reajustes praticados; ii) ilegalidade dos reajustes pela sinistralidade sem a devida comprovação; iii) aplicação do Tema 1016 do STJ; iv) de rigor que se afaste o reajuste por faixa etária aos 59 anos; v) os índices devem ser substituídos por aqueles autorizados pela ANS.

Pugna pela procedência do recurso com a consequente reforma da sentença apelada para recálculo das mensalidades e ressarcimento dos valores pagos a maior (fls. 631/651).

Recurso tempestivo e com preparo (fls. 652/653).

Vieram aos autos as contrarrazões, às fls. 657/696, pleiteando a manutenção da sentença apelada.

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 941).

O recurso está formalmente em ordem.

É o relatório.

Por primeiro, REJEITO a preliminar de nulidade da sentença acerca da produção de prova pericial, por não vislumbrar cerceamento de defesa, pois a questão se confunde com o mérito e juntamente com ele será analisada e correta a sentença pela interpretação sistemática das provas já constantes dos autos.

Isto porque, com a interposição do recurso de apelação, todas as questões abordadas tornam a ser examinadas por este Tribunal e, por essa razão, de rigor a revisão das provas apresentadas e consideradas como razão de decidir.

No mérito, o presente recurso **MERECE PROVIMENTO.**

A r. sentença apelada, respeitada a convicção do(a) MM. juiz(a) de pri-

Acesso ao Sumário

meiro grau, deve ser reformada.

Isto porque, considerando a presente **relação de consumo**, o que se extrai dos autos é que a apelada não foi capaz de provar que os reajustes aplicados às mensalidades do plano de saúde da ora recorrida ocorreram de maneira regular e com base idônea, sem onerar excessivamente o consumidor, como requer o Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.568.244/RJ).

Caberia à parte requerida o ônus probatório da regularidade dos índices de reajuste, porém, não apresentou qualquer embasamento técnico para aplicação de tais reajustes, com dados fornecidos unilateralmente sem lastro probante, o que não se pode admitir.

Não há como fugir do ônus imposto a ré de comprovar o motivo dos reajustes, bem como os parâmetros utilizados para a sua aplicação, verificando-se a ausência de transparência das informações, notadamente quanto à negociação para a forma de apuração do reajuste de sinistralidade.

Nessa seara, conclui-se que não há transparência ou informação clara acerca dos cálculos, a ponto de justificar o apego à sinistralidade. Desrespeito ao CDC no que concerne à ausência de informação clara e adequada (artigo 6º, III CDC) e da imposição de obrigação iníqua, excessiva, que cria desvantagem exagerada e permite a variação unilateral do preço (artigo 51, incisos IV e X do CDC), não há como não afirmar que os reajustes aplicados *in casu* não sejam excessivos.

Neste sentido a jurisprudência desta Corte:

"Plano de saúde. Reajustes anuais e sinistralidade. Sentença de parcial procedência. Insurgência das requeridas. Preliminar visando o ingresso da Central Nacional Unimed ("CNU") em substituição à UNIMED-FESP, ou, subsidiariamente, sua admissão como litisconsorte passivo facultativo. Simples alienação de contratos não altera a legitimidade das partes (Art. 109, CPC), porém, a CNU passa a ter interesse no resultado processual, visto que sofrerá seus efeitos, sendo imperiosa sua admissão como assistente litisconsorcial passivo. Validade da cláusula que prevê o reajuste por sinistralidade. Nulidade inexistente. Pretensão de afastamento dos reajustes por sinistralidade incidentes nos prêmios da autora desde o ano de 2016. Ausência de comprovação, pelas rés, de que os índices efetivamente aplicados ao contrato no período estão em consonância com a elevação dos custos médico-hospitalares e/ou sinistralidade. Substituição pelos índices autorizados pela ANS para os contratos individuais e familiares nos respectivos períodos. Restituição dos valores pagos a maior, que corretamente observou a prescrição trienal. Artigo 206, § 3º, inciso IV do CC. Sentença mantida. Recursos desprovidos". (Apelação Cível 1096931-15.2018.8.26.0100; Relator (a): Coelho Mendes; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado Data do Julgamento: 29/09/2020).

Acesso ao Sumário

E ainda:

"PLANO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE DA ADMINISTRADORA DO PLANO DE SAÚDE. REAJUSTES POR SINISTRALIDADE. CLÁUSULA CONTRATUAL VÁLIDA. AUSÊNCIA, TODAVIA, DE COMPROVAÇÃO QUANTO À LEGALIDADE DOS PERCENTUAIS. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DEVER DE INFORMAR QUE DECORRE DA BOA-FÉ CONTRATUAL. DECOTE E SUBSTITUIÇÃO PELOS PERCENTUAIS PREVISTOS PELA ANS. RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO. APELO DO AUTOR PROVIDO EM PARTE. Plano de saúde. Reajustes implementados pelas rés. Legitimidade da administradora do plano de saúde reconhecida. Cláusula que prevê majoração pela sinistralidade que, por si, não é inválida. Ausência, todavia, de comprovação quanto à legalidade dos percentuais aplicados. Incidência do Código de Defesa do Consumidor ao caso. Direito de o usuário conhecer as informações inerentes ao seu contrato, mormente sobre a formação das mensalidades que paga. Dever de informar que decorre da boa-fé objetiva, que permeia a contratação. Decote e substituição pelos percentuais previstos pela ANS. Recurso da ré não provido. Apelo do autor provido em parte."

(TJSP; Apelação Cível 1060264-93.2019.8.26.0100; Relator (a): J.B. Paula Lima; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 37ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/08/2020; Data de Registro: 14/08/2020)

Em complemento, de rigor consignar que se vislumbra abuso no reajuste aplicado por faixa etária, uma vez que é evidente a abusividade dos percentuais de aumento, violando as normas da legislação consumerista e as diretrizes da supracitada súmula da ANS.

Nessa seara, reconhecida a abusividade do reajuste etário aplicado pela operadora, aplica-se, em sua inteireza, a orientação transmitida pelo Tema 952, notadamente no que tange ao seu item 9 (NECESSIDADE DE APURAÇÃO DE ÍNDICE SUBSTITUTIVO), neste senso:

"9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença". Diante do efeito vinculante, deve o pronunciamento anterior ser a ele ajustado, para que o índice alternativo seja apurado em fase de cumprimento do julgado".

Por conseguinte, em razão da detectada arbitrariedade nos percentuais

Acesso ao Sumário

reclamados, deverão estes ser substituídos pelos índices autorizados pela ANS e, mais ainda e coerente com isso, reconhecida a abusividade dos reajustes discutidos, desponta como consequente lógico o dever de devolução dos valores adimplidos em excesso, observando-se, neste tópico, a prescrição trienal referendada pelo Tema 610 do STJ.

Por fim, visando evitar repetição jurisdicional desnecessária, outros fundamentos demonstram-se dispensáveis diante dos que foram aqui deduzidos.

Destarte, o recurso de apelação deve ser **PROVIDO**, para reformar a sentença apelada nos termos do acórdão.

No tocante aos honorários, INVERTO o ônus sucumbencial, sendo mantidos os honorários advocatícios que foram arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Por último, 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 CPC.

Diante do exposto, pelo meu voto, **REJEITO** a preliminar e **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012580-80.2022.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante/apelado A.L.A.B.S.A., são apelados/apelantes D.C. (JUSTIÇA GRATUITA), L.N.A.C. (JUSTIÇA GRATUITA), H.C. (REPRESENTADO(A) POR SEUS PAIS) e J.A.C.N. (REPRESENTADO(A) POR SEUS PAIS).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34310)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA e ANNA PAULA DIAS DA COSTA.

São Paulo, 23 de outubro de 2023.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: TRANSPORTE AÉREO. Ação de reparação de danos morais. Cancelamento de voo. Readequação da malha aérea. Fortuito interno. Responsabilidade civil da transportadora. Não comprovada a observância de 72 horas de antecedência para comunicação da alteração do voo. Dano moral. Configuração. Quantum indenizatório. Majoração pretendida pelos autores e redução pela ré. Inadmissibilidade. Fixação que deve ser compatível com o dano e atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Sentença mantida. RECURSOS NÃO PROVIDOS.

VOTO

RELATÓRIO

Recursos de apelação contra r. sentença (fls. 180/183) que julgou procedente a ação de reparação de danos morais, para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$. 5.000,00 para cada um dos autores, corrigido monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir da sentença e acrescido de juros de mora de 1% a.m. a partir da citação. A mesma decisão condenou a ré ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios de 10% do valor da condenação.

Sustenta a ré que a alteração de voo ocorreu por remanejamento de malha aérea, tendo sido prestada a devida assistência aos autores, além de efetivada a comunicação prévia. Aduz que em se tratando de causa excludente de responsabilidade civil, não há dano moral indenizável. Requer, ao menos, a redução do valor arbitrado. Defende que o termo inicial dos juros de mora deve ser a data da sentença (fls. 189/210).

O autores recorreram adesivamente requerendo a majoração da indenização por danos morais para R$. 10.000,00 para cada autor (fls. 216/226).

Recursos tempestivos, preparado o da ré, isento de preparo o dos autores, ambos respondidos (fls. 228/240 e 244/256). Manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento dos recursos (fls. 272/279).

VOTO

Cuida-se ação de reparação de danos morais, alegando os autores que teriam adquirido passagens aéreas de retorno de viagem de férias com partida em 12.4.2022, de Salvador, às 9h25min, e chegada a Campinas, às 11h50min, e partida de Campinas, às 13h40min, com chegada em Araçatuba, às 15h05min. Entretanto, o voo foi alterado para o dia 13.4.2022, e, embora a ré tenha ofertado assistência material com hospedagem e alimentação, a comunicação da modificação do voo foi realizada somente em 11.4.2022, desrespeitando o prazo de 72 horas de antecedência previsto em Resolução da ANAC.

Acesso ao Sumário

A ré afirmou que o cancelamento do voo ocorreu em razão de necessidade de readequação de malha aérea, inexistindo conduta ilícita a ensejar a pretendida indenização.

Entretanto, verifica-se que a reestruturação da malha aérea é inerente à atividade comercial das empresas aéreas, caracterizando fortuito interno, não podendo ser reconhecido como fato de terceiro, capaz de romper o nexo causal, isto é, não configura excludente de responsabilidade civil nos termos do artigo 14, § 3º, da Lei n. 8.078/90.

Ademais, a ré não comprovou ter comunicado previamente os autores sobre a alteração do voo com antecedência de 72 horas, na forma estabelecida no artigo 12 da Resolução ANAC 400/2016, que chegaram ao seu destino com 24 horas de atraso, caracterizada, assim, a falha na prestação do serviço e o dever de indenizar.

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CANCELAMENTO DE VOO PELA COMPANHIA AÉREA. Autora que sustenta ter sofrido danos morais em decorrência do cancelamento de voo, realizado pela companhia aérea com comunicação prévia em prazo inferior ao previsto na legislação. Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido. Pretensão à reforma. Descabimento. Relação de consumo caracterizada. Responsabilidade objetiva da ré, nos termos do art. 14 do CDC. **Requerida que não observou a Resolução nº 400/16 da ANAC quanto à antecedência mínima de 72 horas para avisos de cancelamento de voo e informou a autora do cancelamento pouco mais de 24 horas antes da decolagem, sem lhe oferecer alternativas para mitigação do prejuízo. Dever de informação inobservado. Danos morais evidenciados. Situação experimentada pela apelada que supera o mero dissabor.** Precedentes do E. TJSP. Quantum indenizatório bem fixado, considerando as particularidades do caso concreto, em especial a necessidade de deslocamento por via terrestre por mais de 800km e atraso de mais de 15 horas para chegada ao destino, o que só ocorreu no dia seguinte ao previsto originalmente. Termo inicial dos juros de mora em indenização por danos morais que deve ser fixado nos termos do art. 405 do CC, a partir da citação, considerando a relação contratual dos autos. Sentença mantida. Recurso desprovido" (Apelação Cível 1006863-76.2022.8.26.0068; Relator (a): Heloísa Mimessi; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 03/10/2023)

"INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO NACIONAL. Cancelamento de voo, em razão de reestruturação da malha aérea. Fato previsível que não exclui a responsabilidade da requerida. **Não comprovada a comunicação aos passageiros, quanto ao cancelamento do voo, com antecedência mínima de 72 horas, conforme determina a Resolução 400 da ANAC. Má prestação do serviço caracterizada**. DANOS MATERIAIS. Devido o ressarcimento dos gastos que os autores tiveram com hospedagem e locação de veículo, devidamente comprovados. DANO MO-

Acesso ao Sumário

RAL. Autores, dentre os quais dois menores, que foram reacomodados somente após dois dias do cancelamento do voo, com perda de duas diárias de hotel, além de aluguel de veículo e deixaram de usufruir de viagem de férias previamente agendada. Dano moral caracterizado. Quantum indenizatório originalmente fixado em R$5.000,00, que não comporta a redução pretendida pela ré. RECURSO DESPROVIDO" (Apelação Cível 1003927-78.2022.8.26.0068; Relator (a): Afonso Bráz; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 08/02/2023)

Deste modo, diante da falha na prestação dos serviços, evidenciados os transtornos emocionais e psíquicos experimentados pelos passageiros, que tiveram frustrada a justa expectativa de terminar sua viagem com tranquilidade.

Não se pode desprezar, contudo, que a oferta de assistência material, embora não repare totalmente os prejuízos sofridos, atenua a angústia causada pelo cancelamento do voo e deve, pois, ser considerada para o arbitramento da indenização por danos morais.

Quanto ao valor da indenização, deve-se considerar a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores: "*a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta*" (STJ, REsp 318379-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.9.2001).

Destinando-se a indenização por danos morais a desestimular a repetição da falha da prestação dos serviços e levando-se em linha de consideração a extensão dos danos e o caráter preventivo da reparação, além da assistência prestada aos autores, razoável que a indenização seja mantida no valor fixado na sentença, que se mostra adequado à situação lamentada e está de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Não comporta acolhida a pretensão da ré para fixação do termo inicial de incidência dos juros moratórios a partir da sentença, porquanto, em se tratando de responsabilidade contratual, os juros incidem a partir da citação, nos termos do disposto no artigo 405 do Código Civil, razão pela qual fica mantida a r. sentença.

Por fim, diante da manutenção da sentença, impõe-se a majoração do percentual da verba honorária para 12% sobre a base de cálculo fixada na sentença, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1074946-58.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado

POWERTECH COMERCIAL LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é apelado/apelante BANCO BTG PACTUAL S.A., Apelados BANCO BVA S/A (MASSA FALIDA), CLÁUDIA MARIA MONTANS PASSOS, HUGO DE CASTRO PASSOS, CAIO ALEXANDRE GUIMARÃES LEMOS e FERNANDA GUIMARÃES LEMOS.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da embargante Powertech Comercial Ltda. e deram provimento ao recurso do Banco Btg Pactual S.A. V.U. Declara voto vencedor o Exmo. Des. Campos Mello (2º Juiz).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.022)**

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

São Paulo, 26 de outubro de 2023.

HÉLIO NOGUEIRA, Relator

Ementa: Apelação Cível. Ação monitória. Sentença de parcial procedência. Inconformismo das partes Banco BTG Pactual S.A. e Powertech Comercial Ltda. Cerceamento de defesa não verificado. Prescrição. Não ocorrência. Prescrição cambiária que é da execução do título de crédito, mas não do direito de crédito estampado na prova escrita de pagamento de soma em dinheiro. Aplicação do prazo prescricional quinquenal regulado pelo artigo 206, § 5º, inciso I, do Código de Civil. Avalistas que garantiram o título também na posição jurídica de devedores solidários. Sentença reformada nesta parte. Ação que está amparada em prova escrita, conforme exige o artigo 700 do Código de Processo Civil. Demonstrativo de débito que corresponde exatamente à soma dos valores das parcelas inadimplidas (17ª a 22ª) acrescidas dos encargos da mora. Excesso de cobrança não demostrado. Compensação. Impossibilidade de deliberação por este juízo, vez que os valores tidos como créditos faz parte de habilitação na massa falida, cabendo ao juízo falimentar a análise da questão. Sentença reformada. Recurso não provido da embargante Powertech Comercial Ltda. e provido o recurso do Banco BTG Pactual S.A. Majora-se a verba honorária em relação à apelante Powertch diante do insucesso de seu recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Recursos em sede de Apelações Cíveis que objetivam a reforma da respeitável sentença, que, em ação monitória, acolhendo os embargos de declaração opostos, reconheceu a prescrição em relação aos avalistas Hugo de Castro e Cláudia Maria Montans Passos, bem como aos herdeiros de Fernando Francisco Nogueira Lemos, vale dizer, Fernanda Guimarães Lemos e Caio Alexandre Guimarães Lemos e julgou-a procedente em relação à Powertech Comercial Ltda. em Recuperação Judicial, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC, para o fim de constituir de pleno direito o título executivo judicial no valor de R$ 2.184.838,22 (dois milhões, cento e oitenta e quatro mil, oitocentos e trinta e oito reais e vinte e dois centavos), com incidência de correção monetária a partir da distribuição da ação e juros de mora da citação (fls.1576/1579). Condeno solidariamente os réus ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, que, com fulcro no artigo 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil, fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor total do débito.

A embargante, Powertech Comercial Ltda., não conformada com a decisão, apela (fls.1588/1611). Em preliminar, requer os benefícios da gratuidade. Subsidiariamente, pleiteia parcelamento do preparo.

No mais, alega a ocorrência de cerceamento de defesa, ante a não produção de prova pericial para apurar o correto valor do saldo em aberto da CCB nº 12829/11, diante da comprovação dos pagamentos já realizados.

Salienta que o crédito objeto da presente ação é inexigível, seja em razão da verdadeira impossibilidade de pagamento da CCB devida, ou mesmo de movimentação de suas contas junto ao banco, seja em razão da necessidade de compensação entre os valores em aberto e àqueles depositados e bloqueados junto ao banco, seja, subsidiariamente, em razão do excesso de cobrança, uma vez que o valor cobrado deveria corresponder apenas às parcelas 17ª a 22ª em aberto da CCB nº 12829/11, valor este que de acordo com os cálculos apresentados pelo próprio Banco Bva corresponde, apenas, a R$ 391.773,25.

Ressalta que, nos termos do artigo 368 do Código Civil, deve haver a compensação de valores em aberto na CCB e os depósitos existentes em seu nome no banco.

Aduz que o fato de o Banco Bva ter tido sua falência decretada, não impossibilita o reconhecimento, na presente demanda, do crédito que detém em face do banco, tendo em vista que a obtenção do seu crédito deverá seguir o rito do procedimento falimentar.

Argumenta que, comprovado que a autora se utiliza da via judiciária para obter vantagens indevidas, deve ser punida com a penalidade prevista no art. 940 do Código Civil.

Pugna pelo integral provimento da apelação, para reformar a respeitável

Acesso ao Sumário

sentença.

O Banco BTG Pactual S.A também apela (fls.1644/1654). Aduz que os Réus, pessoas físicas, não eram meramente avalistas, mas, sim, devedores solidários, condição por eles expressamente assumida na Cédula de Crédito Bancário que lastreia esta Ação Monitória ("CCB").

Defende que não existe qualquer óbice ao ajuizamento da Ação Monitória contra eles, e muito menos há de se falar na aplicação do prazo trienal previsto no art. 70 da Lei Uniforme de Genebra a que alude o art. 44 da Lei 10.931/04.

Expõe que o avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário, conforme entendimento esposado na Súmula 26 do STJ.

Realça que não há que se falar em prescrição trienal, mas, sim quinquenal.

Fundamenta, ainda, que mesmo que se considerasse o prazo trienal, houve ajuizamento de ação consignatória pelos embargantes, assim, houve a interrupção do lapso temporal, que volta a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença que decide referida lide.

Pugna, assim, para que seja afastada a prescrição equivocamente declarada em relação aos garantidores da Powertech no que diz respeito à pretensão de cobrança da dívida oriunda da CCB.

As partes apresentaram contrarrazões (fls.1630/1643, 1684/1698 e 1699/1714).

Houve indeferimento dos benefícios da gratuidade de justiça à embargante, sendo deferido o recolhimento do preparo de forma parcelada, o que foi devidamente cumprido.

Os recursos foram recebidos nos seus regulares efeitos.

É o relatório.

A presente ação monitória vem lastreada em Cédula de Crédito Bancário (CCB) nº 12829/11, emitida em favor da ré, embargante Powertech, com aval dos demais corréus, no valor de R$ 1.800.000,00, com vencimento para 04.07.2013, orçamento de aplicação do crédito (fls. 49), bem com demonstrativo de conta vinculada (fls.77/78).

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido monitório, motivo pelo qual a embargante Powertech Comercial Ltda. e o Banco BTG Pactual S.A se insurgem.

Pois bem.

Em primeiro lugar, não há que se falar em cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide, como alegado pela embargante.

Como se sabe, o magistrado, como destinatário da prova, não fica cativo de cumprir com a solicitação da parte por prova que se bate se, de seu lado, não vê nela a importância assim enxergada para protrair o julgamento.

Estando convicto de poder extrair do que já se produzira seu convenci-

Acesso ao Sumário

mento, é sua a discricionariedade para prosseguir com a decisão.

Ademais, a perícia contábil pretendida era absolutamente prescindível ao deslinde da questão posta em julgamento, vez que o "*quantum debeatur*" ficara a depender, apenas, de simples cálculos aritméticos, conforme planilha juntada pela autora (fls. 36)

No mais, anotado o respeito para divergir do magistrado "a quo", não há que se falar em prescrição em relação aos avalistas Hugo de Castro e Cláudia Maria Montans Passos, bem como aos herdeiros.

No caso, não se discute mais que os corréus assinaram a Cédula de Crédito Bancário também como devedores solidários, assumindo, dessa forma, a responsabilidade contratual, além da cambiária.

Consta da cláusula 5.1. da cédula: "O(s) AVALISTA(S) assina(m) a presente Cédula na qualidade de avalista(s) e devedor(es) solidário(s), na forma dos artigos 264, 897 e 898 do Código Civil Brasileiro, bem como de fiador(es) pelo pagamento integral do crédito do CREDOR derivado desta Cédula, renunciando expressamente a qualquer dos benefícios de ordem e divisão objeto dos artigos 366, 827, parágrafo único do artigo 829, 834, 834, 836, 837, 838 e 839 do Código Civil e 595 do Código de Processo Civil, anuindo a todos os seus termos e obrigando-se solidariamente, de maneira irrevogável e irretratável, por todas as obrigações assumidas pelo EMITENTE neste instrumento".

E conforme dispõe a Súmula 26 do STJ, "o avalista do título de credito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário".

Portanto, embora os corréus figurem como avalistas da CCB, também garantiram o título na condição de devedores solidários, sendo aplicável a eles o mesmo prazo prescricional da devedora principal.

Assim, uma vez que aqui não se trata de processo de execução, mas, sim, ação monitória embasada em título de crédito sem força executiva, o prazo prescricional é quinquenal, nos termos do art. 206, § 5º, I do CC/02, tendo como termo inicial a data do vencimento do título.

Nesse sentido, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA APARELHADA EM CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO E INDUSTRIAL. PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 206, § 3º, VIII, DO CÓDIGO CIVIL - TERMO INICIAL - DATA DE VENCIMENTO DO TÍTULO - PRECEDENTES DO STJ - ART. 202 DO CÓDIGO CIVIL. PROPOSTA DE RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA - INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA. 1. Acórdão recorrido em sintonia com entendimento firmado por esta Corte de que o prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de título de crédito sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte ao ven-

Acesso ao Sumário

cimento do título. Precedentes. 2. In casu, a ação monitória está fundada em Cédulas de Crédito Industrial, tendo ocorrido a prescrição somente em relação à Cédula n. 097/04-0015-1 que venceu em 29/8/2005, pois a presente ação foi proposta em 31/8/2010, quando já operada a prescrição do referido título na data de 29/8/2010. 3. Nos termos do art. 202 do Código Civil, a simples proposta de renegociação de dívida feita pelo credor, sem a especificação da dívida a que se refere e sem o reconhecimento inequívoco de tal dívida pelo devedor, não é causa de interrupção da prescrição. 4. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no REsp 1680272/MT 4ª Turma Relator Ministro LÁZARO GUIMARÃES - J. 19/10/2017. DJe 25/10/2017).

Outro não é o entendimento desta E. Corte:

"Apelação. Monitória. Cédula de Crédito Bancário. Monitória. Ausência de fundamentação da sentença. Inocorrência. Fundamentação concisa. Legitimidade passiva dos avalistas, como devedores solidários. Prescrição. Não ocorrência. Aplicação do prazo prescricional quinquenal regulado pelo artigo 206, § 5º, inciso I, do Código de Civil. Termo inicial. Contagem que se inicia no vencimento da última prestação. Prova escrita da dívida sem eficácia de título executivo. Art. 700 do CPC/15. Inexistência de qualquer prova modificativa, impeditiva ou extintiva do direito da autora. Sentença mantida. Honorários recursais fixados. Majoração da verba nos termos do art. 85, §11, do NCPC. Recurso a que se nega provimento." (Apelação Cível nº 1051869-49.2018.8.26.0100, E. 16ª Câmara de Direito Privado, Rel. Mauro Conti Machado, j. em 05/02/2023).

"MONITÓRIA. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. PRESCRIÇÃO. LEGITMIDADE "AD CAUSAM". 1. O prazo prescricional da ação de execução fundada em cédula de crédito bancário é de três anos. Isso porque o art. 44 da lei 10.931/04 estabelece que, no que couber, serão aplicadas à cédula as regras inerentes às cambiais. E o art. 70 da Lei Uniforme de Genebra preconiza prescrição de três anos para a pretensão fundada em cambiais. 2. Todavia, o débito representado por cédula de crédito bancário pode ser exigido por outros meios em até cinco anos, consoante entendimento consolidado na jurisprudência. O direito material representado por essa espécie de título prescreve em cinco anos. Apenas o direito processual de executá-lo é que prescreve em três. Decreto de prescrição afastado.(...). Recurso parcialmente provido, rejeitada a preliminar". (Apelação Cível nº 0213832-30.2011.8.26.0100, E. 14ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Melo Colombi, j. em 17.03.2020)

Portanto, de rigor afastar o reconhecimento da prescrição em relação aos avalistas e devedores solidários Hugo de Castro e Cláudia Maria Montans Passos, bem como aos herdeiros de Fernando Francisco Nogueira Lemos.

Assim, incontroverso o negócio celebrado entre as partes, desnecessária a realização de outras provas, já que demonstrado, de forma suficiente, que o saldo devedor corresponde exatamente à soma dos valores das parcelas 17ª a

Acesso ao Sumário

22ª acrescidas dos encargos da mora (fl. 36). E desta forma, não verificado nenhum excesso, de rigor a procedência da monitória conforme bem decidido na r. sentença.

Por fim, não há que se falar em compensação com os valores que a embargante tinha investido no banco.

Como bem ressaltou o magistrado "a quo", ante a decretação da falência do banco, não se sabe se os valores investidos pela embargante "permanecem efetivamente depositados na instituição, ou seja, se integram o seu passivo. Isto, por si só, já torna temerária qualquer determinação de compensação de valores, na medida em que é possível que não mais existam" e "tratando-se a compensação de modalidade de pagamento, incumbe ao juízo falimentar deliberar sobre a sua ocorrência ou não."

À vista destas considerações, reforma-se parcialmente a sentença, somente no que toca à questão da prescrição, nos termos da fundamentação acima.

Ante o exposto, por meu voto, nega-se provimento ao recurso da embargante Powertech Comercial Ltda. e dá-se provimento ao recurso do Banco Btg Pactual S.A. Diante do insucesso do recurso da Powertech Comercial Ltda., exclusivamente em relação a ela, majora-se a verba honorária para 12% do valor do débito atualizado com fundamento no §11 do artigo 85 do CPC.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 82467)

O recurso da embargante não comporta provimento e o do Banco BTG merece acolhida.

É certo que a quebra da devedora principal não interfere nas obrigações e responsabilidades dos demais devedores, justamente por causa da solidariedade estabelecida contratualmente pelos avalistas. Anote-se ainda que os avalistas figuram como intervenientes garantidores no instrumento contratual (cf. item 5.1, fls. 17). Assim, eles assumiram a posição de devedores garantes solidários. Daí resulta a conclusão de que permanece hígida a responsabilidade deles pela dívida. O devedor solidário responde pela dívida (Súmula 26 do Superior Tribunal de Justiça), em sua integralidade, visto que na cédula de crédito bancário não há nenhuma ressalva quanto à limitação de sua responsabilidade.

Assim já se decidiu no Superior Tribunal de Justiça, precedentes inteiramente aplicáveis à espécie (cf. Rec. Esp. 538.832/RS, DJU 12.4.2004 e Ag.Rg. no Ag. 197.214/SP, DJU 22.02.99, ambos da 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito). Vale ainda transcrever a lapidar lição do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: "*I - Resultando inequívoca a intenção das partes contratantes no sentido de que rotulados 'avalistas' respondem solidariamente com o devedor principal pelos encargos assumidos no instrumento contratual, não se mostra*

Acesso ao Sumário

admissível o excessivo apego ao formalismo para, sob o simples argumento de não haver aval em contrato, excluir a responsabilidade daqueles que, de forma iniludível e autonomamente, se obrigaram pelo pagamento de integralidade da dívida. II - A imprecisão técnica não pode servir de subterfúgio aos que desejam esquivar-se do cumprimento de compromissos livremente pactuados, principalmente se, além de figurarem nos títulos como 'avalista', se obrigam, nos contratos a que se acham as cártulas vinculadas, como devedores solidários." (Rec. Esp. 200.421/ES, 4ª T., DJU 25.9.00).

O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento em incidente de recurso repetitivo, conforme a previsão do art. 543-C, § 7º do C.P.C. de 1.973, verbis: "*1) "A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005*" (Rec. Esp. 1.333.349/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 02.2.2015). E esse entendimento foi sedimentado com a edição da Súmula 581, verbis: "*A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.*"

Aliás, o art. 206, §5º, I, do Código Civil, estabelece que prescreve em 05 (cinco) anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular. Portanto, considerando que o vencimento da obrigação era 04 de julho de 2013 e a ação foi ajuizada em 19 de julho de 2016, não se operou a prescrição. Portanto, a demanda deve prosseguir em relação aos coobrigados.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso da embargante e provejo o do Banco BTG Pactual S.A.

É como voto.

CAMPOS MELLO, 2º Juiz

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000550-94.2021.8.26.0372, da Comarca de Monte Mor, em que é apelante ANTÔNIO BORGES DOS SANTOS, é apelado UNIFISA ADMINISTRADORA NACIONAL DE CONSÓRCIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª 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 25643)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente) e PEDRO PAULO MAILLET PREUSS.

São Paulo, 31 de outubro de 2023.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C.C. RESTITUIÇÃO DE CRÉDITO - CONSÓRCIO - Adesão a grupo de consórcio sob a alegação de falsa promessa de carta de crédito contemplada - Contrato com duração de 240 meses - Ausência de prova de ter sido o autor induzido a erro - Vício de consentimento não caracterizado - Descabimento da devolução imediata - Restituição cabível por meio de sorteio ou em até 60 dias após a última assembleia de contemplação do grupo de consórcio, caso a sua cota não tenha sido sorteada, nos termos da Lei 11.795/2008 - Precedente do TJ-SP - Dano moral - Inocorrência - Sentença mantida - Recurso improvido.
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS - Aplicação do disposto no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil - Honorários advocatícios fixados na sentença em R$ 1.000,00 (um mil reais) majorados para R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).
RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação de rescisão de contrato c.c. restituição de crédito, proposta por ANTÔNIO BORGES DOS SANTOS contra UNIFISA CONSÓRCIO NACIONAL, julgada parcialmente procedente pela respeitável sentença de fls. 223/226, cujo relatório adoto, "*para o fim de condenar a requerida a restituir ao autor, de uma só vez, as parcelas pagas, deduzido o percentual relativo à taxa de administração (bem como a antecipada) e seguro na forma acima estabelecida, em até 60 (sessenta) dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano de consórcio*". Em razão da sucumbência em menor parte, o autor foi condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

O autor apelou, a fls. 228/247, sustentando, em síntese, ter sido ludibriado, no momento da contratação do consórcio, com a falsa promessa de contemplação, de modo que, deveria ser restituído de imediato dos valores por ele

Acesso ao Sumário

desembolsados.

Ressaltou a abusividade da cláusula contratual que previa a devolução de valores ao consorciado apenas após o término do grupo de consórcio.

Procurou demonstrar, também, a ocorrência de dano moral passível de indenização.

Requereu, então, o provimento deste recurso, com a reforma da r. sentença, para que a presente ação fosse julgada procedente.

Recurso tempestivo, regularmente processado e desacompanhado dos comprovantes de preparo.

A ré apresentou contrarrazões a fls. 250/258, pugnando pelo improvimento deste apelo.

A fls. 262/264, o apelante apresentou comprovante de recolhimento do preparo.

Tentativa de conciliação em segundo grau prejudicada, dada a ausência de interesse das partes (fls. 269).

Não foi manifestada oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Segundo consta dos autos, o autor aderiu a grupo de consórcio, adquirindo 3 (três) cotas com carta de crédito no valor de R$ 100.000,00, totalizando R$ 300.000,00, em grupo com duração de 240 meses. Afirmou ter realizado o pagamento de seis parcelas, totalizando a quantia de R$ 14.977,75, com a promessa do vendedor de que seria contemplado rapidamente, o que não ocorreu. Assim, pleiteou a rescisão do aludido contrato, bem como a restituição do valor pago e a condenação da ré ao pagamento de indenização a título de dano moral.

Todavia, no caso vertente, não ficou caracterizado erro substancial, passível de anulação do ato jurídico.

Esta questão foi bem dirimida pela respeitável sentença, nos seguintes tópicos (fls. 224):

"*Observo que os referidos contratos foram assinados em meados de 2020, já estando em vigor a Lei nº 11.795/08, que dispõe nos artigos 22 e 30 que: "Art. 22. A contemplação é a atribuição ao consorciado do crédito para a aquisição de bem ou serviço, bem como para a restituição das parcelas pagas, no caso dos consorciados excluídos, nos termos do art. 30. §1º A contemplação ocorre por meio de sorteio ou de lance, na forma prevista no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão. §2º Somente concorrerá à contemplação o consorciado ativo, de que trata o art. 21, e os excluídos, para efeito de restituição dos valores pagos, na forma do art. 30. Art. 30. O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembleia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão*

Acesso ao Sumário

sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante, na forma do art. 24, § 1o.".

Ainda, a avença celebrada entre as partes dispõe que a restituição dos valores pagos, do consorciado excluído ou desistente, será feita mediante sorteio ou no prazo de 60 (sessenta) dias após a data da última assembleia do grupo.

Nesse sentido, é direito do consorciado excluído ou desistente a restituição das parcelas pagas, contudo, tal não pode se dar de maneira imediata, sob pena de acarretar prejuízos aos demais consorciados do grupo e ao sistema de consórcios, suportando este uma defasagem no fundo comum. Dessa forma, é incontroverso que o consorciado excluído ou desistente do plano de consórcio deve receber os valores que pagou. Entretanto, referida restituição não há de ser integral, sendo autorizado o desconto da taxa de administração, prevista no art. 5º, § 3º, da Lei nº 11.795/08, pois, a empresa ré prestou serviços a autora até a data da exclusão, não sendo lícito restituir integralmente o valor quitado, sob pena de enriquecimento sem causa do não mais consorciado."

Com efeito, constou expressamente nos instrumentos das propostas de adesão subscritas pelo autor (fls. 23/27, 28/32 e 33/37), que a contemplação somente se realiza nas formas de sorteio ou lance, de conformidade com os itens 3 e 4, com o seguinte teor:

"3. A utilização do crédito depende da contemplação da cota que somente poderá ocorrer por sorteio ou lance, cujos sistemas encontram-se detalhados no regulamento supracitado;

4. Não poderão ser aceitas promessas que alterem o disposto nesta proposta de adesão e regulamento anexo" (fls. 24, 29 e 34).

Cumpre observar que, o autor é pessoa alfabetizada, esclarecida, capaz de compreender as disposições constantes do contrato que assinou. Assim, não ficou caracterizada a ocorrência de erro substancial, como causa de anulação do ato jurídico, nos termos do artigo 138 do novo Código Civil, que dispõe: "São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio".

Ressalte-se que, conquanto se trate de relação de consumo, a prova do alegado vício do consentimento cabia ao autor, de conformidade com o artigo 373, I, do novo Código de Processo Civil, porquanto, conforme já foi dito, nos contratos por ele subscritos, constou, expressamente, que as formas de contemplação serão apenas pelo sistema de sorteio e lance.

De outra parte, é incabível a pretendida restituição integral e imediata de valores desembolsados pelo autor.

Em contratos firmados anteriores à Lei nº 1.1795/2008, o Colendo Superior Tribunal de Justiça editou o Tema Repetitivo 312, com a seguinte tese:

Acesso ao Sumário

"É devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano"

Entretanto, para contratos firmados após 6 de fevereiro de 2009, tal questão ainda não foi definida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstra o seguinte julgado daquela Corte Superior:

"RECLAMAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO PROLATADO POR TURMA RECURSAL ESTADUAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONSÓRCIO. CONTRATOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI 11.795/08. CONSORCIADO EXCLUÍDO. PARCELAS PAGAS. DEVOLUÇÃO. CONDIÇÕES. (…) Em caso de desistência do plano de consórcio, a restituição das parcelas pagas pelo participante far-se-á de forma corrigida. Porém, não ocorrerá de imediato e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto no contrato para o encerramento do grupo correspondente - A orientação firmada nesta reclamação alcança tão-somente os contratos anteriores à Lei nº 11.795/08, ou seja, aqueles celebrados até 05.02.2009. Para os contratos firmados a partir de 06.02.2009, não abrangidos nesse julgamento, caberá ao STJ, oportunamente, verificar se o entendimento aqui fixado permanece hígido, ou se, diante da nova regulamentação conferida ao sistema de consórcio, haverá margem para sua revisão. Reclamação parcialmente provida" (Reclamação nº 3.752-GO, Segunda Seção, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 26/05/2010, DJe 25/08/2010).

Nestas condições, enquanto não sobrevier nova decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, deve ser aplicada a Lei nº 1.1795/2008, tendo em vista que o contrato de consórcio discutido nos autos foi celebrado após o advento da mencionada lei, a qual traz orientação específica quanto à devolução das parcelas ao consorciado, em seus artigos 22 e 31:

"Art. 22. A contemplação é a atribuição ao consorciado do crédito para a aquisição de bem ou serviço, bem como para a restituição das parcelas pagas, no caso dos consorciados excluídos, nos termos do art. 30.

§ 1º A contemplação ocorre por meio de sorteio ou de lance, na forma prevista no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão.

§ 2º Somente concorrerá à contemplação o consorciado ativo, de que trata o art. 21, e os excluídos, para efeito de restituição dos valores pagos, na forma do art. 30".

"Art. 31. Dentro de 60 (sessenta) dias, contados da data da realização da última assembleia de contemplação do grupo de consórcio, a administradora deverá comunicar:

I - aos consorciados que não tenham utilizado os respectivos créditos, que os mesmos estão à disposição para recebimento em espécie".

Por conseguinte, a restituição das parcelas desembolsadas, na espécie, deve operar-se por meio de sorteio ou em até 60 dias após a última assembleia

Acesso ao Sumário

de contemplação do grupo, caso a sua cota não tenha sido sorteada.

Neste sentido, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos seguintes precedentes:

"CONSÓRCIO DE IMÓVEL - Ação de rescisão contratual com pedido de devolução imediata dos valores pagos - Cláusula contratual prevendo a devolução apenas após a última assembléia geral do grupo, em caso de desistência de consorciado não contemplado - Cabimento - Precedentes do C. STJ - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO" (Apelação Cível 1011937-83.2015.8.26.0577; Relator: Desembargador Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 36ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/05/2018; Data de Registro: 04/05/2018).

"APELAÇÃO - Ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais - Exclusão de consórcio de imóvel - Procedência - Inconformismo da ré - CARÊNCIA PROCESSUAL RECONHECIDA DE OFÍCIO - Falta de interesse de agir em relação aos pedidos para que haja contemplação dos autores, na posição de consorciados excluídos, e para que, caso não sejam sorteados, sejam ressarcidos em até 30 dias do encerramento do grupo - Contrato de adesão que prevê expressamente a possibilidade de contemplação dos consorciados excluídos e a obrigação de a administradora ressarci-los, caso não sejam sorteados, em até 60 dias da última assembleia, prazo mais benéfico aos autores - Processo extinto nesse tocante, sem resolução de mérito, nos moldes do art. 17 cc. art. 485, VI, do CPC/2015 - MÉRITO - MULTA CONTRATUAL - Possibilidade de pactuação - Cobrança, porém, que se mostra indevida à míngua de demonstração do prejuízo ao grupo ou à administradora - Inteligência do art. 53, § 2º do CDC - Precedentes - FUNDO DE RESERVA - A restituição do fundo de reserva depende da existência de saldo positivo e é proporcional às contribuições efetuadas - Eventual saldo que deverá ser apurado ao final do grupo e ressarcido em até 60 dias a contar da última assembleia - SEGURO - Prêmio securitário que pode ser deduzido da importância a ser restituída - Consorciados se beneficiaram da cobertura durante o período em que recolheram a prestação e permaneceram vinculados ao plano. PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, EM RELAÇÃO AOS PEDIDOS NOS QUAIS OS AUTORES SÃO CARENTES DA AÇÃO - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE, NOS TÓPICOS REMANESCENTES - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO" (Apelação Cível 1018458-49.2017.8.26.0100; Relatora: Desembargadora Jonize Sacchi de Oliveira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/10/2018; Data de Registro: 16/10/2018).

"APELAÇÃO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. CONSÓRCIO. Aquisição de cota de consórcio e posterior contemplação mediante sorteio - Alegação do autor de que a utilização da cota teria sido obstada pela empresa

Acesso ao Sumário

gestora do consórcio, injustificadamente - Posterior desistência do consórcio - Pretensão do consumidor à devolução imediata dos valores pagos no curso da relação. Sentença de improcedência, salientando que a devolução dos valores apenas deveria ocorrer após o encerramento do plano, com fundamento na Lei 11.795/08 (Lei dos Consórcios). Recurso do requerente - Não acolhimento. Ausência de indícios de que a empresa requerida tivesse de forma indevida impedido a utilização da cota - Utilização do crédito, por força do contido no contrato, depende do cumprimento das formalidades e da apresentação dos documentos e garantias pelo consorciado, o que não poderia implicar em abusividade - Negativa justificada pela empresa, a qual não poderia ser responsabilizada pela resolução do contrato. Não ocorrência de danos morais. Quanto à devolução dos valores, a matéria encontra-se pacificada em sede de Recurso Especial Repetitivo n. 1.119.300/RS - Ressarcimento apenas deverá ocorrer decorridos 60 dias a contar da última assembleia de contemplação (artigos 30 e 31, inciso I, do aludido diploma legal) - Pedido de imediata devolução improcedente. Sentença de acordo com o contido nos artigos 22, § 1º, 30 e 36 da Lei dos Consórcios - Jurisprudência. Sucumbência pelo autor, com a ressalva da justiça gratuita que lhe foi anteriormente concedida. Manutenção do julgado, sem a fixação de honorários recursais, por força do contido no Enunciado Administrativo nº 7/2016 do C. Superior Tribunal de Justiça. Observação em relação à correção dos valores, devendo ser verificado o estritamente contido no artigo 30 da Lei de Consórcios, descontando-se a taxa de administração, apurada em percentual do valor já pago e não do valor total do crédito. RECURSO IMPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO" (Apelação Cível 1000252-13.2015.8.26.0114; Relatora: Desembargadora Silvia Maria Facchina Esposito Martinez; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/11/2017; Data de Registro: 14/11/2017).

Por conseguinte, é incabível a pretensão do autor de receber, de imediato, a restituição das parcelas desembolsadas.

Por tais razões, não pode ser acolhida a pretensão deduzida pela autora na petição inicial, de rescindir o contrato celebrado com a ré, sob a alegação de vício do consentimento (erro) e de receber, imediatamente, a devolução dos valores desembolsados ou indenização por dano moral.

Tal restituição somente é cabível por meio de sorteio ou em até 60 dias após a última assembleia de contemplação do grupo de consórcio, caso a sua cota não tenha sido sorteada, nos termos da Lei 11.795/2008.

Cumpre observar que, no entendimento desta Colenda 24ª Câmara de Direito Privado, a circunstância de o contrato de consórcio possuir longa duração não justfica a restituição imediata dos valores desembolsados, de conformidade com o seguinte precedente:

"APELAÇÃO CÍVEL. Consórcio imobiliário. Cancelamento da cota

Acesso ao Sumário

pela falta de pagamento. Pretensão de imediata devolução dos valores pagos. Sentença de parcial procedência, apenas para declarar rescindido o contrato. Irresignação. Acolhimento parcial. **Plano de longa duração. Irrelevância. Entendimento desta C. 24ª Câmara. Impossibilidade de imediata devolução dos valores pagos. Contrato firmado sob a égide da lei 11.795/08**. Inaplicabilidade da tese repetitiva firmada no Tema 312 do STJ. Consorciado desistente que tem direito à devolução quando da contemplação em assembleia ou nos sessenta dias que se seguirem à data da última assembleia de contemplação do grupo. Inteligência dos arts. 22, 30 e 31 da mencionada lei. Taxa de administração. Cobrança regular. Devida, porém, a retenção apenas proporcional ao tempo em que a autora permaneceu vinculada ao grupo. Fundo de reserva. Eventual saldo apurado quando do encerramento do grupo que deverá ser rateado entre os consorciados, inclusive os desistentes. Multa contratual. Cláusula penal prevista para hipótese de exclusão/desistência do consorciado. Ausência de comprovação do prejuízo sofrido em razão da desistência, podendo a administradora renegociar a cota. Inaplicabilidade. Correção monetária conforme a Súmula nº 35 do A. STJ. Sentença em um único ponto revista. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (Apelação Cível 1010847-95.2020.8.26.0114; Relator: Desembargador Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/04/2022; Data de Registro: 22/04/2022).

Bem por isso, impõe-se a confirmação da bem lançada sentença, que deu a correta solução a esta lide.

Por derradeiro, nos termos do artigo 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, os honorários advocatícios fixados na sentença, ficam majorados para R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso. Fica prequestionada toda a matéria discutida nestes autos, para fins de interposição de recursos perante os Tribunais Superiores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006728-55.2022.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante UNIMED DE BAURU COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é apelada ANA CLAUDIA LORENZETTI TEIXEIRA MATTOS.

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 16427)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), RODOLFO PELLIZARI e VITO GUGLIELMI.

São Paulo, 2 de outubro de 2023.

CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. Fornecimento de medicamento (rituximabe/mabthera). Sentença de procedência. Insurgência da requerida. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. Autora portadora de Síndrome de Raynaud. Negativa de custeio do tratamento baseada em alegação de que é experimental (off label) e que não consta no rol da ANS. Não acolhimento. Recusa de cobertura indevida. Medicamento que possui registro e autorização da Anvisa, além de ter sido devimente prescrito pelo médico. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação (fls. 216/229), interposto por Unimed de Bauru Cooperativa de Trabalho Médico, nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe move Ana Claudia Lorenzetti Teixeira Mattos, contra a sentença de fls. 201/213, a qual julgou o pedido procedente, nos seguintes termos:

"*Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido principal para, inclusive à guisa de tutela de urgência de natureza antecipada, condenar a requerida ao cumprimento de obrigação de fazer consubstanciada no fornecimento do medicamento "Rituximabe 500 mg", na quantidade que fora prescrita à autora e enquanto perdurar a necessidade do seu tratamento, o que deverá fazê-lo no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de multa diária fixada em R$ 1.000,00 (um mil reais).*

Sucumbente a requerida, condeno-a ao pagamento das custas judiciais, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.".

Inconformada, a apelante suscita preliminar de cerceamento de defesa, entendendo pela necessidade de produção de prova técnica. No mérito, aduz que o fornecimento do medicamento não está elencado no rol de coberturas mínimas da ANS, além de alegar que tal medicamento tem caráter experimental, sendo *off label* o seu uso para a doença que acomete a autora, concluindo que não há dever de cobertura. Afirma que devem ser respeitados os limites contratuais. Por

Acesso ao Sumário

tais razões, requer a reforma da sentença combatida para que o pedido da autora seja improcedente.

Contrarrazões a fls. 261/266.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade de sentença por cerceamento de defesa.

É sabido que o artigo 355, inciso I do CPC autoriza o julgamento antecipado do mérito quando não houver necessidade de produção de outras provas. Assim, sendo o juiz destinatário das provas, cabe a ele, de ofício ou mediante requerimento das partes, determinar as provas necessárias ao julgamento, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (artigo 370 do Código de processo Civil).

Assim, ainda que a parte tenha interesse na produção de provas, se o julgador entender que as provas existentes nos autos são suficientes para o seu convencimento, pode e deve proferir julgamento antecipado, sem que se configure cerceamento de defesa.

Tem-se que a decisão se encontra bem fundamentada e que as provas constantes nos autos são suficientes para o deslinde da questão.

Isto posto, passa-se à análise do mérito.

Narra a autora, em sua inicial, que é beneficiária de contrato de plano de saúde entabulado junto à requerida, tendo sido diagnosticada com "Síndrome de Raynaud" em suas mãos, apresentando cianose e palidez intensa, com episódios de artrite em punhos, alegando sofrer de terríveis dores, tendo-lhe sido prescrito o medicamento "Rituximabe 500 mg", 02 frascos mediante aplicação endovenosa, com repetição da infusão após 15 dias, devendo o processo se repetir a cada 06 meses, para tratar sua enfermidade.

Logo, cinge-se a controvérsia recursal quanto à obrigação da apelante de fornecer a medicação requerida, a qual reputa como sendo experimental e não indicada ao tratamento da moléstia da autora, o que configuraria seu uso *off-label*, e a consequente exclusão contratual e desobrigação de custeio.

Trata-se, à evidência, de relação jurídica que envolve a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, conforme dispõe a Súmula 608 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor nos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.*".

Há de se convir, portanto, que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas em favor da parte hipossuficiente, visando o estabelecimento do equilíbrio contratual.

Ressalte-se que a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o plano de saúde pode definir quais doenças serão

Acesso ao Sumário

cobertas, mas não a forma de tratamento, prevalecendo a prescrição médica.

A questão se encontra inclusive sumulada neste E. Tribunal de Justiça, nos termos das Súmulas 95, 96 e 102 deste E. Tribunal de Justiça:

"*Súmula 95: Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento*".

"*Súmula 96 - Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento*".

"*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*".

Ora, não havendo dúvidas de que a autora é portadora da doença, nos moldes do relatório médico juntado aos autos (fls. 21/23), não há como se dar guarida à tese desenvolvida pela requerida no sentido de que não possuiu qualquer responsabilidade em seu custeio, sob a justificativa de tratamento experimental (*off-label*).

Dessa forma, se a doença é coberta pelo contrato, por óbvio que todo o tratamento necessário também o é, incluídas as inovações da medicina.

Não pode um catálogo de natureza administrativa contemplar todos os avanços da ciência, muito menos esgotar todas as moléstias e seus meios curativos usados com base científica, razão pela qual a pretendida exclusão do custeio desse tratamento somente poderia ser acolhida se houvesse manifesto descompasso entre a moléstia e a cura proposta, o que não é o caso dos autos.

É dizer: a cobertura deve compreender o método mais atual para o tratamento da doença, sempre com a indicação médica específica para o paciente, sendo um desrespeito à dignidade da pessoa humana obrigar a parte a se submeter a método ultrapassado ou sem eficácia para seu caso.

Aliás, ao contrário do aduzido, o medicamento prescrito não é de natureza experimental, uma vez que possui registro na ANVISA.

O fato de não haver expressa indicação acerca do tratamento da doença que acomete a autora não é razão para caracterizá-lo como de uso experimental, que é o tipo de tratamento incompatível com as normas de controle sanitário ou de eficácia desconhecida pela comunidade médica, o que não se vislumbra.

Merece destaque, por oportuno, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça quanto a essa matéria:

"*CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CARCINOMA. TRATAMENTO DE TUMORES METACRÔNICOS.*

Acesso ao Sumário

MEDICAMENTO DE USO OFF-LABEL INDICADO POR MÉDICO ASSISTENTE. COBERTURA DEVIDA. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA Nº 568 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é indevida a recusa do plano de saúde quanto a cobertura de tratamento prescrito pelo médico, ainda que experimental, porquanto não compete à operadora a definição do diagnóstico ou do tratamento para moléstia coberta pelo plano contratado. Incidência da Súmula nº 568 do STJ. 3. Agravo interno não provido".
(AgInt no AREsp 1819953/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 25/06/2021).
"*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. 1. Ação ajuizada em 06/08/14. Recurso especial interposto em 09/05/18 e concluso ao gabinete em 1º/10/18. 2. Ação de obrigação de fazer, ajuizada devido à negativa de fornecimento da medicação Rituximabe - MabThera para tratar idosa com anemia hemolítica autoimune, na qual se requer seja compelida a operadora de plano de saúde a fornecer o tratamento conforme prescrição médica. 3. O propósito recursal consiste em definir se a operadora de plano de saúde está autorizada a negar tratamento prescrito por médico, sob o fundamento de que sua utilização em favor do paciente está fora das indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label), ou porque não previsto no rol de procedimentos da ANS. 4. Ausentes os vícios do art. 1.022, do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração. 5. A Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) estabelece que as operadoras de plano de saúde estão autorizadas a negar tratamento clínico ou cirúrgico experimental (art. 10, I). 6. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou a Resolução Normativa 338/2013, vigente ao tempo da demanda, disciplinando que consiste em tratamento experimental aquele*

Acesso ao Sumário

que não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label). 7. Quem decide se a situação concreta de enfermidade do paciente está adequada ao tratamento conforme as indicações da bula/manual da ANVISA daquele específico remédio é o profissional médico. Autorizar que a operadora negue a cobertura de tratamento sob a justificativa de que a doença do paciente não está contida nas indicações da bula representa inegável ingerência na ciência médica, em odioso e inaceitável prejuízo do paciente enfermo. 8. O caráter experimental a que faz referência o art. 10, I, da Lei 9.656 diz respeito ao tratamento clínico ou cirúrgico incompatível com as normas de controle sanitário ou, ainda, aquele não reconhecido como eficaz pela comunidade científica. 9. A ingerência da operadora, além de não ter fundamento na Lei 9.656/98, consiste em ação iníqua e abusiva na relação contratual, e coloca concretamente o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC). 10. O fato de o procedimento não constar do rol da ANS não afasta o dever de cobertura do plano de saúde, haja vista se tratar de rol meramente exemplificativo. Precedentes. 11. A recorrida, aos 78 anos de idade, foi diagnosticada com anemia hemolítica autoimune, em 1 mês teve queda de hemoglobina de 2 pontos, apresentou importante intolerância à corticoterapia e sensibilidade gastrointestinal a tornar recomendável superar os tratamentos infrutíferos por meio da utilização do medicamento Rituximabe - MabThera, conforme devidamente registrado por médico assistente. Configurada a abusividade da negativa de cobertura do tratamento. 12. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração dos honorários advocatícios recursais".

(REsp 1769557/CE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 21/11/2018).

Aliás, cumpre reconhecer que o rol da ANS constitui norma infralegal, que não pode se sobrepor às disposições da Lei nº 9.656/98, nem às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor. E, nesse passo, é evidente que a exclusão genérica da cobertura contratual viola ambos os diplomas legais supracitados.

De mais a mais, a análise acerca da enfermidade do paciente e a sua respectiva adequação ao tratamento competem tão somente ao profissional médico, não cabendo à operadora, portanto, defini-lo ou questioná-lo, mormente quando prescrito por médico habilitado.

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença, que de forma correta condenou a ré ao ressarcimento dos gastos despendidos com o tratamento do autor.

Consigne-se, finalmente, que, nos termos do art. 85, § 11 do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devidos pelos apelantes são majorados para 12% da mesma base de cálculo.

Acesso ao Sumário

Por derradeiro, considerando a existência de precedentes das Cortes Superiores que vêm apontando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados, a fim de se evitar eventuais embargos de declaração apenas para tal finalidade, por falta de sua expressa remissão no acórdão, ainda que examinados implicitamente, dá-se por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais suscitados pelas partes.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002193-12.2021.8.26.0106, da Comarca de Caieiras, em que é apelante PATRICIA ALVES DA FONSECA, é apelado JGF EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 2756)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PASTORELO KFOURI (Presidente sem voto), JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES e LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 4 de outubro de 2023.

LIA PORTO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO CONTRATUAL. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Contrato de compra e venda que prevê expressamente o reajuste mensal das parcelas fixas mensais e correção monetária pelos índices do IGP-M. Princípio da informação observado. Onerosidade excessiva e abusividade não caracterizadas. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença de fls. 202/205 que julgou improcedente o pedido inicial de revisão de contrato de compra e venda de imóvel para a substituição do índice de correção monetária por onerosidade excessiva.

Insurge-se a parte autora sustentando, em síntese, que ficou demonstrada

Acesso ao Sumário

a onerosidade excessiva do contrato.

Contrarrazões às fls. 234/247.

É o relatório.

Ressalvados os argumentos expendidos pela apelante, a sentença guerreada não merece as críticas que lhe foram dirigidas.

Ao que se colhe dos autos, a requerente celebrou contrato de compra e venda de um terreno localizado no Jardim dos Abreus I, no município de Caieiras/SP, cujo preço era de R$ 151.562,76, pactuando-se a correção monetária do preço pelo índice IGPM/FGV.

E, como se colhe da cláusula 5ª, item 5.1 "a" do contrato ("Preço" - fls. 18/19), a correção monetária dar-se-ia, com efeito, pelo índice IGPM/FGV. Depreende-se, portanto, que no contrato firmado entre as partes há menção expressa ao índice de reajuste das parcelas.

Acertado o entendimento do juízo a quo ao reconhecer que os índices de correção monetária estabelecidos não são abusivos ou ilegais, tendo sido previstos no contrato, mediante aquiescência e livre manifestação das partes, incidindo o *pacta sunt servanda*.

É de se recordar que o arrependimento posterior não é causa de nulidade de cláusula contratual.

No caso, não houve violação, ainda, ao dever de informação do consumidor. Diante da natureza prolongada e duradoura do contrato, as partes concordaram, por meio do negócio, que o reajuste das parcelas se daria por meio de correção monetária e juros.

Do mesmo, nenhuma abusividade há em razão da adoção do IGP-M, já tendo o C.STJ se manifestado no sentido de que "*a Taxa Referencial e o IGP-M, quando pactuados, podem ser utilizados para atualização monetária do débito*" (AgRg no REsp 317816 / DF, Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO).

Conquanto tenha havido variação expressiva deste índice, é público e notório que a imprevisibilidade advinda da pandemia atingiu a todos, incluindo a integrante do polo passivo da presente demanda, não se verificando, em concreto, o enriquecimento de uma parte em detrimento da outra, a afastar o desequilíbrio contratual e a necessidade de intervenção judicial.

Assim, importa dizer que quando firmado o contrato, a requerente tomou ciência quanto ao seu teor. Se não se atentou aos precisos termos da avença, certamente essa omissão só a ela pode ser imputada. Maior e capaz ao tempo da celebração, tinha plenas condições de examinar as condições e termos do negócio, de claro teor e apreensão.

Certo, portanto, que o questionamento da parte autora se origina de cláusula que, a rigor, se mostra clara e que não gera qualquer dúvida, não era mesmo caso de acolhimento de seus pedidos.

Acesso ao Sumário

Assim já decidiu essa C. Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de revisão contratual. Sentença que julgou improcedente pedido de alteração de índice de correção monetária de parcelas estabelecida em contrato de aquisição imobiliária. Substituição do IGP-M pelo INPC ou IPCA. Onerosidade excessiva não configurada. Alta súbita decorrente de situação pandêmica que foi posteriormente sucedida por queda a patamar negativo. Oscilação inerente aos índices atrelados a preços de produtos e serviços que acompanham a realidade econômica do país. Apelo negado. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1005156-81.2021.8.26.0400; Relator (a): Pastorelo Kfouri; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Olímpia - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/07/2023; Data de Registro: 06/07/2023)

REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS - Compra e venda de imóvel - Pretensão de substituição do índice contratualmente previsto para correção das parcelas, do IGPM para o IPCA - Improcedência - Insurgência da autora - Arguição de cerceamento de defesa - Descabimento - Provas que se mostram suficientes para apreciação da lide, sendo desnecessária a realização de nova perícia técnica - Mérito - Correção monetária das parcelas contratadas que é de imperiosa necessidade - Índice de reajuste de correção monetária do IGPM que conta com expressa previsão contratual e não implica em desvantagem ou vantagem exagerada para quaisquer das partes - Substituição que se considera descabida - Decisão mantida - RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1007329-61.2021.8.26.0438; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Penápolis - 4ª Vara; Data do Julgamento: 27/06/2023; Data de Registro: 27/06/2023)

Em caso semelhante, já decidiu esse Eg. Tribunal:

AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO C.C. RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Compromisso de compra e venda. Alegada abusividade na cobrança de juros. Sentença de improcedência. Insurgência recursal do autor. Não convencimento. Inexistência de cerceamento de defesa. Inutilidade da prova pericial para aferir a genérica alegação de abusividade quando ausente contratação e aplicação de juros remuneratórios e de capitalização. Prescindibilidade da prova. Ausência sequer de indicação concreta acerca da cláusula que reputa abusiva ou de valor entendido como incontroverso. Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1001668-96.2020.8.26.0451; Relator (a): Wilson Lisboa Ribeiro; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/05/2023; Data de Registro: 08/05/2023)

Importa ressaltar que, ainda que aplicável o Código de Defesa do Consumidor ao contrato em questão, não é de se admitir a alteração do contrato, visto que informados os consumidores, através de previsão suficientemente discriminada no instrumento firmado, acerca dos valores e encargos aos quais seria submetida a relação.

Acesso ao Sumário

A alteração, pelo Judiciário, do valor do índice de reajuste, sua incidência ou periodicidade, implicaria indevida intervenção na livre manifestação de vontade das partes, que são plenamente capazes, exceto se fosse de fato verificada eventual abusividade na conduta da requerida.

Cumpre, ainda, ressaltar que a parte apelante não se desincumbiu do ônus que lhe cabia quanto à comprovação de que o índice pactuado pelas partes lhe causou onerosidade excessiva.

O STJ há muito consagrou a compreensão de que o preceito insculpido no inciso V do art. 6º do CDC exige a 'demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor (REsp n. 417.927/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/5/2002, DJ de 1/7/2002, p. 339.)" (REsp n. 1.998.206/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 4/8/2022).

Não há nos autos demonstração de acontecimento extraordinário que gere onerosidade excessiva para uma das partes.

Vale memorar que a correção monetária representa mera atualização do valor nominal do preço, face ao fenômeno inflacionário, e não efetivo acréscimo ao valor pactuado.

A r. sentença deve ser mantida, portanto, porque evidenciada cobrança legítima de reajuste contratual, sem nenhuma ilegalidade e/ou abusividade.

Nos termos do artigo 85, §11º, do CPC, majoro os honorários recursais devidos ao patrono da parte apelada para R$ 2.000,00, ressalvadas as disposições sobre justiça gratuita eventualmente deferida nos autos.

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

Ante todo o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000536-09.2021.8.26.0438, da Comarca de Penápolis, em que é apelante DALVA DE OLIVEIRA TAVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ UNIBANCO HOLDING 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: "Ne-

garam provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.536)**

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

São Paulo, 5 de outubro de 2023.

GIL COELHO, Relator

Ementa: CONTRATO BANCÁRIO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. NEGATIVA DE CELEBRAÇÃO. Declaratória de inexistência, restituitória de valores pagos e reparatória de danos morais. (1) Impugnação à autenticidade da assinatura constante no instrumento de contrato. Perícia grafotécnica designada (art. 429, II, do CPC). Ausência da autora, injustificada, para a colheita de material caligráfico. Encerramento da instrução autorizado. Direito à dilação probatória, princípios da não surpresa e do contraditório, observados. Partes previamente intimadas do local e hora para inicio dos trabalhos periciais. (2) Elementos nos autos firmes para a conclusão de regularidade do negócio. Recebimento do crédito do mútuo por ordem de pagamento. Fato omitido na petição inicial. (3) Litigância de má-fé. Alteração da verdade dos fatos, lide temerária. Condenação da autora ao pagamento de multa de 4% do valor corrigido da causa. Verba exigível imediatamente, independentemente da gratuidade de justiça. (4) Recurso não provido, com observação.

VOTO

"Ação Declaratória c.c. Obrigação de Fazer e Reparação de Danos Materiais e Morais com Pedido de Tutela Provisória de Urgência."

Respeitável sentença de improcedência, adotado o seu relatório.

Em apelação, a autora alegou que não lhe foi dada a oportunidade de se manifestar a respeito da petição de fl. 199 e que houve ofensa aos princípios do contraditório e da não surpresa. Aduziu que existiam questões de fato para análise, em especial o pedido de realização de perícia grafotécnica, e que houve cerceamento de defesa. Afirmou que impugnou a assinatura aposta no contrato e que cabia ao réu fazer prova em contrário, na forma do art. 429, II, do CPC. Disse de inversão do ônus da prova. Postulou pelo provimento ao recurso para anulação da r. sentença.

Recurso respondido.

Acesso ao Sumário

Eis o relatório.

Na petição inicial, a apelante narrou que, em razão de precária situação financeira, contratou empréstimo consignado e que observou, posteriormente, que estava a receber rendimentos de valores inferiores aos devidos, então consultou extrato emitido pelo INSS e constatou que outro contrato foi consignado, sem sua autorização, pelo apelado, no valor de R$5.448,66. Dissertou sobre danos morais, repetição dobrada dos valores descontados de seus proventos. Pediu: (a) a declaração de inexigibilidade do contrato; (b) a condenação do apelado à restituição, na forma dobrada, dos valores debitados de seus rendimentos; (c) a condenação do apelado ao pagamento de reparação de danos morais.

O apelado, na contestação, expôs que o contrato de empréstimo consignado foi celebrado em 5/10/2017, no valor de R$6.840,16, com previsão de pagamento de setenta e duas parcelas mensais de R$187,10, e houve a portabilidade do contrato em 30/10/2019 para outra instituição financeira. Contou que o apelante levantou a quantia de R$6.159,80, em 13/9/2017, por meio de ordem de pagamento. Requereu a improcedência das pretensões.

Feita a análise dos atos processuais e das alegações das partes, conclui-se que o recurso não merece provimento.

Não há que se falar de ofensa aos princípios do contraditório e da não surpresa. A petição de fl. 199, da perita grafotécnica nomeada pelo r. juízo, apenas informou nos autos do não comparecimento das partes ao local previamente designado para a colheita de material caligráfico. Ora, as partes foram intimadas da data marcada para aquele ato, assim como do local, conforme fls. 194, 195 e 196 e 198, daí não se falar de surpresa, tampouco de ofensa ao contraditório.

Em outros termos, o que se sucedeu foi a ausência da apelante, que nem sequer apresentou justificativa nos autos, apesar de intimada com antecedência para a colheita de seu material gráfico. Foi a apelante, ao faltar injustificadamente para ao ato designado pela perita, que impossibilitou a produção de prova pericial grafotécnica, embora determinada a sua realização, por força do art. 429, II, do CPC (fls. 155/157), daí não se cogitar de cerceio de direito à dilação probatória, tampouco de nulidade processual.

Acesso ao Sumário

Ficou superada a impugnação à assinatura constante no instrumento do contrato, em decorrência de inatividade processual da própria apelante. Logo, o julgamento antecipado da lide estava autorizado.

Prosseguindo, merece destaque a falta de verossimilhança da tese da apelante. De forma lacônica e repetida em ações do gênero, falou de não celebração do mútuo, mas nada referiu sobre o crédito por ela aproveitado (fl. 112), tampouco procurou o apelado para a devolução, nem se propôs a fazê-lo judicialmente. Note-se: falsários não tomam empréstimos bancários em nome de suas vítimas para disponibilização do benefício a elas. O objetivo das fraudes bancárias é a obtenção de vantagem, não de gerar benefícios às vítimas.

Para além disso, o negócio data de setembro de 2017. As parcelas estavam a ser pagas mensalmente, sem oposição célere, como ordinariamente acontece em casos de fraudes bancárias, até que, em outubro de 2019, foi objeto de portabilidade para outra instituição financeira.

Não se cogita de inexistência do contrato e de reparação de danos morais, tampouco de restituição de quantias pagas. Nenhuma conduta irregular pode ser atribuída ao apelado.

O art. 77, I e II, do CPC, impõe às partes e aos seus procuradores o dever de expor os fatos em juízo conforme a verdade e não formular pretensão ou apresentar defesa cientes de que são destituídas de fundamento. O art. 80, II, do CPC, prevê que a alteração da verdade dos fatos é considerada litigância de má-fé.

A apelante alterou a verdade dos fatos ao dizer que não havia contratado o mútuo. Fê-lo com o intuito de se fazer crer que as cobranças mensais lançadas em seus rendimentos previdenciários eram ilegítimas. A lide é temerária.

Com fundamento no art. 81, *caput*, do CPC, impõe-se a condenação da apelante ao pagamento de multa por litigância de má-fé no valor de 4% do atribuído à causa, corrigido. O beneficiário dessa multa será o apelado. A execução é imediata, independentemente da gratuidade de justiça, na forma do art. 98, § 4º, do CPC.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC, sucumbente a apelante neste grau recursal, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios de 10% do valor da causa para 15%, ressalvada a gratuidade de justiça.

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento ao recurso, com condenação da apelante ao pagamento de multa por litigância de má-fé no valor de 4% do corrigido da causa, observada a exigibilidade imediata dessa verba, independentemente da gratuidade de justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010287-76.2022.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante JOSÉ CLAUDIO DE ANDRADE, são apelados BRASILSEG COMPANHIA DE SEGUROS e BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.663)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente), PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO e SILVÉ-

Acesso ao Sumário

RIO DA SILVA.

São Paulo, 6 de outubro de 2023.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: SEGURO HABITACIONAL - OBRIGAÇÃO DE FAZER - Improcedência - Inconformismo - Pretensão do autor de recebimento de indenização do seguro habitacional contratado, para quitar o financiamento em decorrência do falecimento de sua esposa - Descabimento - Pela leitura do contrato firmado entre as partes, percebe-se que a contratação se deu com base na composição de 100% da renda do autor para fins de cobertura securitária - Rendimento da falecida (esposa do autor) que não integrou a referida composição - Portanto, se depreende que foi celebrado contrato de seguro exclusivamente com cobertura em face do autor - Correto o decreto de improcedência - Precedentes deste Tribunal - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de Apelação interposta contra a r. sentença, proferida em autos de Ação de Obrigação de Fazer, que decidindo pelo mérito os pleitos deduzidos na inicial, decretou a improcedência dos mesmos. Prejudicada, por consequência, a denunciação da lide.

A parte autora foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, observado o disposto no art. 98, §3º, do CPC.

Inconformado, apela o autor (fls. 168/175), sustentando a necessidade de reforma da sentença para contemplar a falecida como parte do seguro habitacional, confirmando o direito do Apelante em receber o prêmio do seguro pelo sinistro ocorrido - morte da sua esposa.

Alega que a contratação se deu para ambos - apelante e falecida - e que embora a renda maior seja a do Apelante, a sua esposa também contribuiu para o pagamento das parcelas do financiamento e demais acréscimos, sendo rigor, pois, que a lei seja favorável à proteção de ambos quando de uma eventualidade e necessidade de abertura de sinistro.

Sustenta a inocorrência da prescrição, sendo aplicável o prazo prescricional de 10 (dez) anos, a teor do disposto no artigo 205 do Código Civil. Menciona jurisprudência.

Por fim, aguarda o provimento do recurso para condenar a Apelada ao

Acesso ao Sumário

pagamento do seguro habitacional aos Apelantes, bem como a devolução do que foi pago da data do óbito da Apelante Miriam até a decisão final, aplicando-se correção monetária e juros moratório.

Contrarrazões às fls. 179/189 e fls. 233/237.

É o relatório.

Recebo o apelo no duplo efeito, à luz do disposto no artigo 1.012, *caput*, do Novo CPC, passando ao seu julgamento, em atenção ao inciso II do artigo 1.011 do mesmo diploma legal.

Segundo consta nos autos, a parte autora ajuizou presente ação visando o recebimento de indenização do seguro habitacional contratado, para quitar o financiamento em decorrência do falecimento de sua esposa, bem como devolução em dobro do valor de todas as parcelas pagas após o falecimento desta ou, subsidiariamente, a condenação ao pagamento da indenização na proporção da parte devida pela mutuária falecida.

Apresentada contestação pelo Banco do Brasil (fls. 65/78) e pela Seguradora (fls. 101/112), bem como réplica pelo autor (fls. 94/96 e fls. 132/134), sobreveio sentença de improcedência dos pedidos.

Razão do inconformismo do autor.

Em que pesem os argumentos recursais, a sentença deve ser mantida.

Pela leitura do contrato de fls. 19 e seguintes, percebe-se que a contratação do seguro habitacional foi pactuada apenas pelo apelante José e não por este e sua esposa falecida.

Tal conclusão pode ser verificada pela cláusula contratual "D.2" (fls. 22), a qual é expressa e clara ao expressar "COMPOSIÇÃO DE RENDA PARA FINS DE COBERTURA SECURITÁRIA: JOSÉ CLÁUDIO DE ANDRADE 100%", sendo este o único contratante a participar da composição da renda para referida cobertura.

Por consequência, se depreende que foi celebrado contrato de seguro exclusivamente com cobertura em face do autor.

E considerando que a seguradora se obrigou tão-somente aos riscos atrelados ao apelante, descabido falar-se em indenização securitária pelo falecimento de sua esposa.

Neste sentido, julgados deste E. Tribunal:

> Apelação - Seguro habitacional - Obrigação de fazer c.c. revisão de prestações e saldo devedor - Pretensão de abatimento do saldo devedor em razão do falecimento da esposa do contratante - Sentença que acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva agitada pela credora fiduciária e improcedência da demanda no tocante à seguradora - Inconformismo centrado na legitimidade passiva da credora fiduciária e necessidade de quitação de parte do valor financiado - Acolhimento parcial - Credora fiduciária que é parte legítima para figurar no polo passivo - Hipótese, contudo, que não socorre o Autor, pois o contrato estabeleceu de for-

Acesso ao Sumário

ma clara a composição da renda familiar para fins de cobertura securitária - Rendimento da falecida que não integrou a aludida composição - Sentença mantida - Recurso improvido. (Apelação Cível nº 1004585-25.2021.8.26.0008; 8ª Câmara de Direito Privado; Relatora CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER; Julgado em 21.06.2022).

Ação condenatória - autores que pretendem a cobertura do seguro prestamista proporcional ao falecido esposo da contratante, com abatimento do saldo devedor - sentença de procedência - inadmissibilidade - o contrato estabeleceu de forma clara a composição da renda familiar para fins de cobertura securitária - rendimento do "de cujus" que não integrou a aludida composição - contratação do seguro que não foi pactuada por ambos os cônjuges autores, mas, apenas pela coautora MARIA LÚCIA - demanda improcedente - precedentes do TJSP - recurso dos réus provido. (Apelação Cível nº 1077846-04.2022.8.26.0100; 16ª Câmara de Direito; Relator JOVINO DE SYLOS; Julgado em 12.09.2023).

"CONTRATO - Compra e venda CDHU - Quitação Morte de cessionária/mutuária - Descabimento - Falecida que não participou da composição da renda para fins de indenização do seguro - Sinistro não verificado - Sentença mantida - Recurso desprovido" (Apelação nº 1000243-75.2018.8.26.0266; 1ª Câmara de Direito Privado; Relator LUIZ ANTÔNIO DE GODOY; Julgado em 21.09.2018).

Postas tais considerações, correta a r. sentença ao dispor que: "*Diante desse panorama, em que a avença firmada estipulava cobertura securitária apenas do devedor fiduciante José, ora autor, legítima e fundada a negativa de cobertura do evento morte da devedora fiduciante Mirian, que, contrário senso, não fora incluída na cobertura securitária.*"

Razão pela qual a r. sentença proferida deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Mantida a sucumbência, majoro os honorários no percentual de 15% do valor da causa, conforme previsão contida no Artigo 85 do Código de Processo Civil, diante do trabalho adicional realizado em grau recursal, observada a justiça gratuita.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1013383-87.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IATA - INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION, é apelado DECOLANDO TURISMO E REPRESENTAÇÕES LTDA. - ME.

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 34132)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e MARCO FÁBIO MORSELLO.

São Paulo, 17 de outubro de 2023.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE ARGUIDA PELA APELADA EM CONTRARRAZÕES - NÃO OCORRÊNCIA - embargos de declaração opostos tempestivamente e não reputados protelatórios que interrompem o prazo para oposição de outros recursos para quaisquer das partes e eventual terceiro interessado - interrupção em comento que ocorreu - apelação interposta dentro do prazo de quinze dias - preliminar rejeitada.

OBJEÇÃO PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - NÃO OCORRÊNCIA - decisão devidamente fundamentada - inocorrência de violação do artigo 93, IX da CF - objeção repelida.

OBJEÇÃO PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA - dilação probatória desnecessária - documentação carreada aos autos que era suficiente para o desate da lide - produção de prova oral inadequada - hipótese em que a dilação probatória levaria à indevida procrastinação do feito - objeção repelida.

APELAÇÃO - AÇÃO COMINATÓRIA JULGADA PROCEDENTE - ENTENDIMENTO QUE PREVALECE - existência de cláusula que estabelece que normas e resoluções expedidas e "alteradas de tempos em tempos" pela apelante seriam incorporadas ao contrato - resolução editada pela apelante que previu a possibilidade de, com base em análise da situação financeira de uma agência de transporte integrante do sistema CASS, exigir o fornecimento de fianças bancárias ou garantias de seguro para continuidade das operações - contrato que previa também a possibilidade de rescisão a qualquer tempo, mediante notificação - impossibilidade, no caso dos autos, de a apelante colocar em prática, sem maiores elementos

Acesso ao Sumário

e esclarecimentos a respeito, as previsões contratuais restritivas de direito da apelada - cláusula contratual que permite a imposição unilateral à apelada de quaisquer resoluções editadas e "alteradas de tempos em tempos" que se mostra puramente potestativa - atos restritivos de direito da apelada que a apelante queria praticar sem motivação concreta e indene de dúvidas que tinham sério potencial para afetar gravemente as finanças da apelada - ausência de demonstração de inadimplência por parte da apelada - alteração contratual da apelada que se deu há mais de 12 meses sem qualquer repercussão negativa - apelada que informou nos autos que a multa por falta de aviso prévio de mudança de endereço foi paga - fato não impugnado pela apelante - apelada que operava sem a prestação de garantia, inexistindo qualquer problema daí decorrente - pletora de elementos que faz concluir que houve excesso por parte da apelante ao exigir prestação onerosa da apelada sem qualquer motivo concreto - incontroversa situação de adimplemento da apelada que não se coadunava com a exigência de garantia, mormente em se tratando de contrato com cláusula potestativa que fazia surgir sério desequilíbrio contratual - sentença mantida, nos termos do art. 252 do RITJSP. Resultado: recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

A presente ação foi assim relatada: "*Trata-se de demanda proposta por DECOLANDO TURISMO E REPRESENTAÇÕES LTDA.-ME em face de IATA -INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION para que a ré reverta o status de risco da autora de "B" para "A", se abstenha de promover o apontamento negativo da autora nos cadastros de proteção ao crédito, se abstenha de cortar o sinal para a emissão de passagens aéreas pelo sistema BSP-IATA e não exija garantia financeira. A autora afirma manter contrato com a ré desde 13 de junho de 2016. Aduz que a ré está a exigir a prestação de garantia financeira de R$ 180.000,00 ou de no mínimo R$ 107.000,00, porque o quadro social havia sido alterado. Alega que a alteração ocorreu há mais de um ano, quando a sócia Juliana Costa da Silva transferiu suas cotas sociais para Jonas Leonardo Sousa Oliveira. Defende a ausência de justificativa para a alteração de seus status e pede o restabelecimento da condição anterior. A tutela de urgência foi*

Acesso ao Sumário

concedida às páginas 222/223. Citada para os termos da demanda, a ré ofertou contestação às páginas 285/299. Defende a legitimidade da exigência, pois a autora modificou seu contrato social, pois o sócio administrador que detinha 99% das quotas sociais retirou-se do quadro societário e o transferiu a terceiro, sem comunicação à ré, nos termos do item 12.2 do Contrato de Agenciamento. Diante disso, foi aplicado o quanto disposto no item 10.11.5 da resolução 812 que determina a imposição de multa ao agente de viagem que notificar com atraso ou deixar de notificar a IATA, administradora do Sistema, sobre alteração societária. Além disso, nos termos do item 10.1.4.2 do Manual dos Agentes de Viagem (Travel Agents Handbook), a alteração societária promovida pela autora representou alteração societária principal ou maior, uma vez que além de ter alterado 99% da sua composição societária, e também alterou o seu sócio administrador. Por conseguinte, sustenta que nos termos do contrato de agenciamento, a autora incorreu em dois eventos de risco, assim classificados pelo Sistema BSP: a) porque omitiu a alteração contratual ocorrida em janeiro de 2020 e b) alterou 99% do seu capital social, bem como o seu administrador, tornando-se, na verdade, uma nova empresa, sob uma nova administração. Argumenta que a autora incorreu em dois eventos de risco que determinam o resultado insatisfatório da sua análise, resultando na alteração da sua classificação de risco de "A" para "B". E as agências classificadas com status "B", de acordo com o contrato de agenciamento, devem apresentar garantia financeira para continuar a integrar o sistema de faturamento de passagens aéreas, nos termos do item 5.5.2.1. da Resolução 812. Alega que a norma foi editada, porque no final dos anos 90 e início dos anos 2000, foram praticadas fraudes por pessoas que adquiriam agências de viagens, efetuam vendas milionárias e desapareciam, sem efetuar o repasse das vendas às empresas aéreas. Consequentemente, as normas foram construídas para obviar este tipo de ocorrência, mediante a apresentação de garantia mínima. Por isso, é importante que a agência mantenha a IATA informada acerca de suas alterações societárias e quando a modifique de forma relevante, como no caso dos autos, apresente garantia compatível com as suas vendas, como se estivesse iniciando novamente no sistema. Bate-se, pois, pela rejeição da demanda. A autora ofereceu réplica às páginas 1128/1136".

A ação foi julgada procedente para o fim de ser determinado à ré que reverta o status de risco da autora de "B" para "A", bem como que se abstenha de negativar o nome da autora, de cortar seu sinal de emissões de passagens aéreas no sistema BSP/IATA e de exigir garantia financeira. A sentença se encontra a fls. 1.165/1.169.

Inconformada, a ré interpôs apelação (fls. 1.182/1.196). Arguiu objeções preliminares. Defendeu a ocorrência de nulidade da sentença por falta de fundamentação. Alegou que houve cerceamento de defesa por conta do julgamento

Acesso ao Sumário

antecipado da lide. Disse da necessidade de produção de prova oral para demonstrar "*o risco representado pela alteração da totalidade das cotas de agência participante do sistema e a necessidade de apresentação de garantia financeira pelas agências de viagem participantes. A produção de prova testemunhal consistiria na oitiva de testemunha para esclarecer o funcionamento do BSP, o risco representado pela alteração da totalidade das cotas de agência participante do Sistema e a necessidade de apresentação de garantia financeira pelas agências de viagem participantes*". No mais, sustentou o seguinte: *a apelante é responsável pela administração de um sistema denominado BSP Brasil ("Billing and Settlement Plan"), por meio do qual é processado o faturamento dos valores devidos pelas agências de viagem às empresas aéreas participantes desse sistema, decorrentes da venda de bilhetes aéreos pelas agências de viagem em nome das empresas aéreas. A apelante disponibiliza o acesso sistema BSP (Billing and Settlement Plan) aos agentes de viagem a ela vinculados por contrato de agenciamento), o que possibilita a emissão de bilhetes aéreos eletrônicos diretamente pelo agente de viagens por meio da internet. A apelada, por sua vez, com acesso a este sistema eletrônico, faz a venda de bilhetes aéreos, emitindo as passagens para o transporte dos passageiros pelas companhias aéreas participantes do sistema. Efetuadas as vendas, o agente de viagem presta contas junto ao sistema BSP da apelante no prazo máximo de 7 (sete) dias. Com base nessa prestação de contas, a apelante, utilizando-se de serviços de terceiros, processa o faturamento das vendas dos bilhetes, para quaisquer das companhias aéreas participantes, apurando o valor que a agência de viagem terá que repassar às empresas aéreas participantes do "BSP". Após o processamento das vendas, o Sistema BSP organiza a respectiva cobrança, em nome e por conta das empresas aéreas, sendo que cada agência de viagem, no caso a apelada, por meio de um único depósito, efetua a remessa dos valores devidos às empresas aéreas, do "demonstrativo de faturamento" BSP, do período a que este se refira. O banco compensador, por sua vez, se encarrega de distribuir o numerário a todas as empresas aéreas para as quais o agente realizou vendas. O pagamento feito pela agência de viagem no sistema BSP da apelante constitui mero repasse/remessa de valores pertencentes às empresas aéreas, pois oriundos da venda de bilhetes aéreos de propriedade das empresas de transporte aéreo. Por expressa disposição da cláusula 7.2 do contrato que mantém com a apelante, a apelada é mera depositária desses valores, sendo sua obrigação principal a remessa dos valores que pertencem às empresas aéreas. Além de depositária dos valores que deve repassar às empresas aéreas, a apelada é também, por expressa disposição contratual, depositária do sinal de acesso ao Sistema BSP para emissão de bilhetes por meio eletrônico em nome das companhias aéreas, que, inclusive, podem ser retirados a qualquer tempo, como prevê a cláusula 6.3 do contrato. Justamente pela natureza da relação de fidúcia entre*

Acesso ao Sumário

as partes que o contrato firmado entre as partes prevê que a apelante pode, a qualquer tempo, retirar da agência de viagem o sinal de emissão de bilhetes aéreos por meio do BSP, o que a apelada pretendeu evitar com o ajuizamento da presente ação. Dada a natureza de depósito da relação entre as partes, já se antevê a legalidade e a suma importância da exigência de garantia financeira no caso de inadimplemento contratual reconhecido pela apelada, bem como para garantir o cumprimento de suas obrigações contratuais futuras, sobremodo porque, alterado o controle social da empresa, bem como alterados seus administradores, todo o seu histórico de bons pagadores do antigo administrador se torna irrelevante. Em síntese, em sendo de depósito a relação entre as partes e tendo a apelada alterado seu quadro social drasticamente, verifica-se que independentemente de justificativa, a apelada não tem direito a se manter no sistema sem o oferecimento de garantia pela própria natureza da relação entre as partes e disposições contratuais, em especial a cláusula 6.3 do contrato. Não é verdadeira a afirmação contida na r. sentença de que a apelada demonstrou a saciedade que todas as obrigações até agora assumidas foram satisfatoriamente cumpridas. Isso porque, conforme a apelada confessa na inicial, ela promoveu profunda alteração em seu contrato social, o que fundamentou a exigência de apresentação de garantia financeira por parte da apelante, com fundamento nas disposições afetas à matéria, sobremodo o contrato assinado pelas partes, no Manual dos Agentes de Viagem (Travel Agent´s Handbook) e na Resolução 812, mencionados pela própria apelada na inicial. No contrato assinado entre as partes consta expressamente item referente à indispensabilidade de comunicação à apelante sobre qualquer alteração societária, conforme cláusula 12.2. Ao alterar 99% do seu capital social sem notificar previamente a apelante, a apelada descumpriu o contrato de agenciamento, ficando sujeita às penalidades previstas. A apelante aplicou o item 10.11.5 da Resolução 812 que determina a imposição de multa ao agente de viagem que notificar com atraso ou deixar de notificar a apelante (administradora do sistema) sobre a alteração societária. Foi aplicada a multa, devidamente quitada pela Apelada em novembro de 2020, nos termos das fls. 202/209 dos autos. Ocorre que, nos termos do item 10.1.4.2 do Manual dos Agentes de Viagem (Travel Agents Handbook fls. 462), a alteração societária promovida pela apelada representou uma alteração societária "principal" ou "maior", uma vez que além de ter alterado 99% da sua composição societária, alterou também o seu sócio administrador. É certo que a apelada, nos termos do contrato de agenciamento, incorreu em dois eventos de risco, assim classificados pelo Sistema BSP: a) porque omitiu a alteração contratual ocorrida em janeiro de 2020 e b) alterou 99% do seu capital social, bem como o seu administrador, tornando-se, na verdade, uma nova empresa, sob uma completamente nova administração. Observa-se que, mesmo tendo pleno conhecimento da necessidade de informar a apelante sobre even-

Acesso ao Sumário

tuais alterações societárias, a apelada deixou de fazê- lo, mantendo tal alteração em segredo. Foi a apelante quem, na auditoria referente ao ano de 2020, verificou que a apelada havia alterado seu contrato social já há algum tempo, sem que disso tivesse dado ciência prévia. Em decorrência de seu silêncio sobre a completa alteração de controle da agência, a apelada incorreu em dois eventos de "risco" que determinaram o resultado insatisfatório da sua análise, resultando na alteração da sua classificação de risco de "A" para "B", sendo que, as agências com status de Risco "B", de acordo com o contrato de agenciamento, devem apresentar garantia financeira para continuar a integrar o sistema de faturamento de passagens aéreas, nos termos do Item 5.5.2.1 da Resolução 812 (fls. 326). Sobre a suposta ausência de justificativa apontada na r. sentença, é importante esclarecer o sentido da norma. Não foram raros, no final dos anos 90 e início dos anos 2000, as fraudes cometidas justamente por pessoas que adquiriam agências de viagem, efetuavam vendas milionárias e desapareciam, sem efetuar o repasse das vendas às empresas aéreas, daí porque as normas foram sendo construídas no sentido de estabelecer uma garantia mínima contra esse tipo de ocorrência. É importante que a agência mantenha informada à apelante acerca de suas alterações societárias e quando a modifique de forma relevante, apresente garantia compatível com suas vendas, como se estivesse iniciando novamente no sistema. A solicitação de garantia, como condição para a continuidade da apelada no sistema, foi motivada por seus próprios atos e está amparada nas normas que regem a relação entre as partes e na lei, em decorrência da natureza de depósito da relação entre as partes (artigos 627, 629, 633, 640 do Código Civil). O direito da apelante de exigir a garantia financeira para que a apelada continuasse a operar no BSP está garantido pela lei e pelo contrato de agenciamento celebrado entre as partes, sendo desnecessária a comprovação de justificativa adicional". Pelo que expôs, pugnou pela anulação da sentença. Subsidiariamente, pediu o provimento do recurso para o fim de a ação ser julgada improcedente.

Em suas contrarrazões (fls. 1.207/1.218), a apelada arguiu preliminar de intempestividade da apelação. Aduziu que os embargos de declaração somente interrompem o prazo para a interposição de recurso para a parte que os opôs. No mais, basicamente pediu o desprovimento do recurso.

A fls. 1.230/1.232 e 1.236, ambas as partes se opuseram ao julgamento em sessão virtual.

É a síntese necessária.

Em primeiro, consigne-se que, por conta da oposição das partes, o julgamento se deu em sessão presencial (ou por teleconferência), com ampla possibilidade de elas apresentarem as suas razões oralmente.

Não vinga a preliminar de intempestividade do apelo arguida em contrarrazões.

Acesso ao Sumário

Sabido que, nos termos do art. 1.022 do CPC, os embargos de declaração opostos tempestivamente, não reputados protelatórios, interrompem o prazo para oposição de outros recursos. Referida interrupção tem proveito para quaisquer das partes, inclusive para eventual terceiro interessado.

Nesse sentido, o seguinte julgado do STJ. Embora proferido na vigência do CPC/1973, tem plena aplicação ao CPC, dada a identidade essencial existente entre o art. 538 da legislação anterior e o art. 1.022 da atual. Confira-se:

> "*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OPOSIÇÃO PELA PARTE. PRAZO RECURSAL PARA TERCEIRO PREJUDICADO. INTERRUPÇÃO. A oposição de embargos de declaração por qualquer das partes interrompe o prazo recursal tanto para as partes, como para eventuais terceiros, pois, com o julgamento dos embargos, a decisão anterior pode ser alterada e, com isso, poderá surgir interesse recursal diverso daquele que existia com a decisão anterior, na hipótese da decisão dos embargos vir a prejudicar terceiros. Recurso especial conhecido em parte e provido*" (REsp nº 712.319/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 25 de setembro de 2006).

No caso em exame, a publicação da decisão de rejeição dos últimos embargos de declaração - opostos pela apelada - ocorreu em 13/07/2021 (uma terça-feira). O prazo de quinze dias para a interposição de apelação teve início no dia seguinte: 14/07/2021 (uma quarta-feira). O prazo final foi o dia 03/08/2021 (uma terça-feira). Nessa data, a apelação foi interposta (fls. 1.182/1.196) e por isso é tempestiva.

Corolário, é rejeitada a preliminar de intempestividade arguida pela apelada.

No mais, a apelação veio devidamente preparada. Assim, comporta conhecimento.

As objeções arguidas pela apelante não colhem.

A r. sentença foi devidamente fundamentada.

O princípio da fundamentação das decisões encontra assento constitucional no artigo 93, IX da CF.

Por conta do referido preceito, o juiz não está autorizado a decidir sem fundamentação, sendo nula a decisão judicial que não for devidamente motivada (RF 306/200).

A fundamentação contrária à pretensão da parte não representa defeito ou ausência de fundamentação.

Confira-se a seguinte decisão do STF:

> "*Fundamentação do acórdão recorrido. Existência. Não há falar em ofensa ao art. 93, IX, da CF, quando o acórdão impugnado tenha dado razões suficientes, embora contrárias à tese da recorrente*" (AI 426.981-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 5-10-2004, Pri-

Acesso ao Sumário

meira Turma, DJ de 5-11-2004.)

No mesmo sentido: AI 611.406-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 11-11-2008, Primeira Turma, DJE de 20-2-2009.

Em realidade, a apelante mostra-se irresignada quanto aos fundamentos da r. sentença atacada propriamente dita e que serão avaliados na sequência.

Cerceamento de defesa não houve.

Não é todo o indeferimento de prova ou diligência que constitui cerceamento de defesa. O juiz é o destinatário das provas e a ele cabe a condução do processo. Nesta linha, cumpre a ele indeferir a produção das provas desnecessárias - inclusive, em homenagem ao postulado constitucional da duração razoável do processo.

A propósito, este Tribunal, em precedente veiculado na RT 624/95, já decidiu:

> "*Não é pelo trâmite do processo que se caracteriza o julgamento antecipado. Nem por ser a matéria exclusivamente de direito; ou, mesmo de fato e de direito; e até revelia. É a partir da análise da causa que o juiz verifica o cabimento. Se devidamente instruída e dando-lhe condições de amoldar a situação do artigo 330 do Código de Processo Civil, ou do parágrafo único do artigo 740 do Código de Processo Civil, é uma inutilidade deixá-lo para o final de dilação probatória inútil e despicienda*".

Nesse diapasão, se pela análise das alegações e provas acostadas com a inicial e emabrgos, já encontra o julgador elementos hábeis à formação de seu convencimento - não vendo necessidade da produção de outras ou entendendo que aquelas pretendidas mostram-se inadequadas ou impertinentes para o desate da lide -, deve proceder ao conhecimento direto do pedido, o que afasta a fase processual seguinte que se inicia nos termos do artigo 357 do CPC.

Não tem lugar a produção de provas adicionais quando se apresentar qualquer hipótese de extinção do processo sem julgamento de mérito, ou se for caso de julgamento antecipado da lide.

Neste sentido, anota Theotônio Negrão:

> "*Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia*".[1]

Trazidas tais genéricas considerações para o caso dos autos, o desate antecipado dos embargos não implicou cerceamento de defesa.

A documentação e os demais elementos dos autos eram suficientes para que se desse o desate antecipado, sem que isso implicasse qualquer violação aos postulados do contraditório e da ampla defesa.

Consigne-se que a pretendida produção de prova oral não era adequada para a demonstração das nuances do negócio existente entre as partes. Para tan-

1 Código de Processo Civil Anotado. Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa - 39ª Edição, 2007. Nota 2b ao art. 330, p. 467.

to, bastava a prova documental dos atos.

Repelidas as objeções preliminares, passa-se ao exame das demais questões deduzidas nos autos.

A questão foi assim decidida: "*É incontroverso que a autora alterou o seu quadro societário, de forma substancial, sem informar a ré acerca do evento modificativo, infringindo, assim, as normas regimentais pactuadas. Com efeito, o antigo societário e administrador cedeu toda a sua participação societária representativa de 99% das cotas sociais à atual sócia Juliana Costa da Silva. Tal modificação infringiu, conforme exposto, o regramento expressamente aceito e assumido pela autora. Diante disso, conforme exposto pela ré, foi aplicado o quanto disposto no item 10.11.5 da Resolução 812 que determina a imposição de multa ao agente de viagem que notificar com atraso ou deixar de notificar a IATA, administradora do Sistema, sobre alteração societária. Para além disso, nos termos do item 10.1.4.2 do Manual dos Agentes de Viagem (Travel Agents Handbook), a alteração societária promovida pela autora representou alteração societária principal ou maior, uma vez que além de ter alterado 99% da sua composição societária, também alterou o seu sócio administrador. Por conseguinte, nos termos do contrato de agenciamento, a autora incorreu em dois eventos de risco, assim classificados pelo Sistema BSP: a) porque omitiu a alteração contratual ocorrida em janeiro de 2020 e b) alterou 99% do seu capital social, bem como o seu administrador, tornando-se, na verdade, uma nova empresa, sob uma nova administração. Esta infração resultou na alteração da classificação de risco da autora de «A» para «B». E as agências classificadas com status «B», de acordo com o contrato de agenciamento, devem apresentar garantia financeira para continuar a integrar o sistema de faturamento de passagens aéreas, nos termos do item 5.5.2.1. da Resolução 812. Cuidam-se, pois, de severas sanções. E a ré explica que a norma foi editada, porque no final dos anos 90 e início dos anos 2000, foram praticadas fraudes por pessoas que adquiriam agências de viagens, efetuam vendas milionárias e desapareciam, sem efetuar o repasse das vendas às empresas aéreas. Consequentemente, as normas foram construídas para obviar este tipo de ocorrência, mediante a apresentação de garantia mínima. Por isso, argumenta ser importante que a agência mantenha a IATA informada acerca de suas alterações societárias e quando a modifique de forma relevante, como no caso dos autos, apresente garantia compatível com as suas vendas, como se estivesse iniciando novamente no sistema. Visto isso, imperioso destacar, em primeiro lugar, que não há qualquer ilegitimidade das disposições normativas invocadas pela ré e aceitas universalmente por todas as agências de viagens. As regras, em si mesmas consideradas, devem ser reputadas válidas. No caso em voga, contudo, a razão que motivou a edição de tais normas não se verificou. Conforme visto alhures, as normas em questão foram editadas a fim de evitar a prática de fraudes que eram*

Acesso ao Sumário

comuns nos idos dos anos 90 e 2000, quando os sócios das agências cediam suas participações societárias a terceiros e desapareciam sem antes repassarem às companhias aéreas os valores recebidos pelas vendas das respectivas passagens. No caso em voga, a ré simplesmente invocou a incidências das normas, sem, contudo, alegar tampouco provar que a modificação societária tenha se dado de modo a efetivamente comprometer a solvência e a idoneidade da autora. Demais disso, a IATA não alegou nem comprovou que a autora tenha deixado de repassar valores recebidos às companhias aéreas. Vale destacar, ainda, que a autora demonstrou a saciedade que todas as obrigações até agora assumidas foram satisfatoriamente cumpridas. Portanto, a incidência das sanções, no caso concreto, não se justifica. Em face do exposto, confirmo a tutela de urgência, ponho fim à fase cognitiva do procedimento comum e na forma do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo procedentes todos os pedidos formulados pela autora".

A r. sentença deve ser mantida por seus fundamentos, os quais ficam adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste tribunal, de seguinte teor: "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

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

Ao que constou da sentença, agregam-se os seguintes fundamentos.

O instrumento do contrato celebrado entre as partes originariamente foi redigido em inglês. Sua tradução juramentada se encontra a fls. 226 e segs.

O fato de ter sido redigido em língua estrangeira não obsta que o contrato produza efeitos no Brasil, visto que a tradução apresentada nos autos é requisito suficiente para tanto, conforme dispõe o art. 224 do Código Civil: "*Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País*".

Na referida avença, há cláusula que estabelece que normas e resoluções expedidas e "alteradas de tempos em tempos" pela apelante seriam incorporadas ao contrato (cláusula 2.3 - fls. 228/229).

A Resolução de nº 812 (fls. 248/254), editada pela apelante, previu a possibilidade de, com base em análise da situação financeira de uma agência de transporte integrante do sistema CASS, exigir o fornecimento de fianças bancárias ou garantias de seguro para continuidade das operações (item 5.5.2.1 - fls.

Acesso ao Sumário

252/253).

O contrato prevê também a possibilidade de rescisão a qualquer tempo, mediante notificação (cláusula 13.2 - fls. 242).

Os referidos dispositivos contratuais dariam, portanto, substrato para a exigência de garantia feita pela apelante ou para a resilição unilateral do contrato e tornariam descabida a cautela requerida inicialmente pela apelada.

No entanto, considerada a hipótese dos autos, não era possível que a apelante colocasse em prática, sem maiores elementos e esclarecimentos a respeito, as previsões contratuais restritivas de direito da apelada.

A apelada alegou em sua inicial que os atos praticados pela apelante são unilaterais e abusivos.

De fato, a cláusula contratual que submete a apelada a quaisquer resoluções editadas e "alteradas de tempos em tempos" exclusivamente pela apelante não é de patente legalidade. Trata-se de disposição puramente potestativa, pois sujeita uma das partes ao puro arbítrio da outra, o que é vedado pelo art. 122 do Código Civil, "*in verbis*": "S*ão lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes*".

Ainda que nulo o contrato, haveria entre as partes uma avença de fato, não escrita, de execução continuada e por prazo indeterminado. Tal espécie de negócio permitiria a resolução unilateral mediante denúncia, nos termos do art. 473 do Código Civil.

O dispositivo legal em referência prevê ressalva à possibilidade de resilição unilateral, ao estabelecer que "*se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos*".

No caso dos autos, os atos restritivos de direito da apelada que a apelante queria praticar sem motivação concreta e indene de dúvidas tinham sério potencial para afetar gravemente as finanças da apelada.

De resto, cumpre salientar que não houve demonstração de inadimplência por parte da apelada.

A própria apelante não negou o histórico de pagamento de faturas realizados quatros vezes por mês pela apelada, sem qualquer atraso.

A alteração contratual da apelada se deu há mais de 12 meses sem qualquer repercussão negativa.

Ademais, a apelada informou nos autos que a multa por não aviso prévio de mudança de endereço foi paga. O asserto não foi impugnado pela apelante.

Em se tratando de relação jurídica negocial em que os pagamentos são realizados semanalmente, caso o risco de inadimplência realmente existisse, a

Acesso ao Sumário

circunstância teria vindo à tona e a apelante certamente a invocaria.

Não se pode olvidar que da leitura dos autos se verifica que a apelada operava sem a prestação de garantia e isso não fez surgir qualquer problema.

Enfim, a pletora de elementos especificados permite concluir que houve excesso por parte da apelante ao exigir prestação onerosa da apelada sem qualquer motivo concreto.

Insiste-se: mesmo depois da alteração do contrato social, a apelante continuou a operar em situação de normalidade, sem incorrer em mora ou inadimplemento.

A alteração do contrato social ocorreu em janeiro de 2020 (fls. 20/39) e a apelante atravessou o período de restrições decorrentes da pandemia surgida por conta da proliferação da Covid-19, sem inadimplir. Isso demonstra que a alteração do contrato social não teve motivação escusa ou obscura.

Em outras palavras, no que tange às garantias, a apelante passou a exigi-las e não houve concordância da apelada. Demais disso, a incontroversa situação de adimplemento da apelada não se coadunava a tal exigência; máxime porque, sem justificativa plausível e ao menos com laivos de concretude, não se pode prestigiar a exigência de garantia, mormente em se tratando de contrato com cláusula potestativa com forte aptidão para fazer surgir sério desequilíbrio contratual.

Em realidade, sempre ressalvado o engano, é de eficácia duvidosa eventual garantia prestada.

De forma mais incisiva, sem elementos concretos a respeito da propalada situação de risco arguida pela apelante, a regularidade da atuação da apelada faz ver que a exigência de garantia acabaria por ser anódina. Isso faz ver que não há justificativa para a finalidade pretendida pela apelante.

Razoável é exigir garantia de inadimplente ou de quem procede de forma temerária, o que não é o caso da apelada que agiu com respeito aos ditames do postulado da boa-fé objetiva.

A respeito da matéria, merecem exame os seguintes julgados proferidos por este tribunal em casos parelhos. O primeiro é da câmara.

> "*Tutela de urgência - Ação declaratória de inexigibilidade de garantia financeira - Prestação de serviços de intermediação, padronização e administração de sistema de agenciamento de carga aérea - Desligamento da autora, agenciadora de carga, do sistema administrado pela ré, denominado CASS ("cargo accounts settlement system") - Desligamento, com respaldo em resolução da ré, pelo fato de a autora, cuja situação financeira foi considerada insatisfatória, não ter prestado garantia sob a forma de fiança bancária de R$ 249.000,00 - Situação financeira insatisfatória numa avaliação subjetiva – Autora que, no momento, não está inadimplente no pagamento de fretes às companhias aéreas transpor-*

tadoras - Desligamento que, na prática, traz paralisia às atividades da autora e tem o potencial de alijá-la do ramo - Coexistência dos requisitos do art. 300 do novo CPC, em maior grau o risco ao resultado útil do processo - Tutela de urgência, de manter a autora credenciada ao sistema, que causa o menor dos males e pode ser revogada - Recurso da autora provido e agravo retido da ré prejudicado" (Agravo de Instrumento 2208982-58.2018.8.26.0000; Relator: Cerqueira Leite; Foro Central Cível - 45ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/03/2019; Data de Registro: 28/03/2019);

"*TRANSPORTE AÉREO - Sistema CASS/IATA - Intermediação patrocinada pela IATA entre empresas de transporte e companhias aéreas - Pedido de declaração de inexistência de relação entre as partes que era alternativo, havendo, ainda, o pleito de afastamento da garantia, o que repele a contradição sustentada no agravo retido - Exigência de garantia incabível à transportadora, dado que a Resolução nº 813 da IATA não foi submetida a sua aprovação, como determinado em contrato, além de ser excessiva a cifra indicada, máxime ante a situação de adimplente da transportadora em anos de duração do contrato - Cláusula puramente potestativa que deve ser afastada à luz do art. 122 do Código Civil - Sentença mantida - Agravo retido e apelação desprovidos*" (Apelação Cível 4022381-29.2013.8.26.0114; Relator: Mendes Pereira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/09/2016; Data de Registro: 10/10/2016).

Em suma, pelos motivos alinhavados, bem como pelo que dela consta, a r. sentença merece ser prestigiada.

Pela sucumbência recursal, impõe-se a majoração dos honorários para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11 do CPC.

Nesses moldes, **rejeitada a preliminar de não conhecimento, o recurso é conhecido e desprovido**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012799-76.2022.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante HELBOR EMPREENDIMENTOS S/A, são apelados PÉROLA PRISCILA VENTURA ROZZINO e FLAVIO LUIZ ROZZINO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto**

nº 31085)

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

São Paulo, 31 de outubro de 2023.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. IRREGULARIDADE DE EXECUÇÃO DE GARANTIA FIDUCIÁRIA. ULTIMAÇÃO DO PROCEDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO JULGADA EM AÇÃO ANTERIOR. CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Sentença de parcial procedência, condenando a ré a indenizar o valor de R$ 95.297,31, de perdas e danos dos autores. Irresignação da ré. Ação anterior ajuizada pelos apelados que envolveu a declaração de nulidade de notificações enviadas para constituição deles em mora, da compra e venda com alienação fiduciária. Nulidade reconhecida, por excesso de cobrança, determinando a reabertura do prazo para purgação da mora. Cumprimento da obrigação que se tornou impossível, em decorrência de ultimação da execução da garantia fiduciária e alienação para terceiros de boa fé. Conversão da obrigação em perdas e danos (art. 499, CPC). Apelante que assumiu o risco de invalidação da execução da garantia fiduciária. Indenização devida (arts. 247 e 248, CC). Mora dos compradores, porém, que foi reconhecida, mesmo que em valor inferior. Culpa concorrente dos apelados. Fixação da indenização em valor inferior (art. 945, CC). Aplicação por analogia do limite de 25% de valores pagos (art. 67-A, II, Lei 4.591/1964). Sentença parcialmente reformada, para fixar a indenização devida aos autores em 75% dos valores pagos, da compra do imóvel, e metade das despesas de escritura, registro e ITBI, tudo com correção monetária desde cada pagamento e com juros de mora desde a citação. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta em face de sentença de ps. 423/426, que

julgou parcialmente procedente pedido de indenização de danos materiais, formulado por Pérola Priscila Ventura Rozzino e Flávio Luiz Rozzino em face de Helbor Empreendimentos S.A., condenando a ré a indenizar o valor de R$ 95.297,31, de perdas e danos dos autores, com correção monetária pela tabela prática do TJ-SP desde cada desembolso e com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Sucumbência da ré, fixados os honorários em 10% do valor da condenação.

Apelação da ré a ps. 429/451, alegando, em síntese, que os apelados teriam ajuizado ação cautelar para suspensão de notificações extrajudiciais enviadas pela apelante, nos termos do artigo 26, §1º, da Lei 9.514/1997, e obstar consolidação da propriedade em favor da apelante, credora fiduciária. Afirma que, na ação anterior, liminar teria sido indeferida, não suspendendo a possibilidade de realização de leilões. Na sequência, teria havido ajuizamento de ação declaratória de inexigibilidade de cobrança e devolução de valores, e liminar requerida para bloqueio da matrícula teria sido indeferida. Aduz que os apelados, mesmo sem a concessão da liminar, também poderiam ter depositado valores nos autos, para a purgação da mora, o que não providenciaram. Por consequência, sem ter havido qualquer ordem para suspensão da alienação extrajudicial pela garantia fiduciária, a apelante consolidou a propriedade em seu favor, com entrega de termo de quitação aos apelados, que desocuparam voluntariamente o imóvel em 15/03/2012, o que demonstraria o reconhecimento da validade da execução da garantia fiduciária. Após isso, em 19/10/2012, a apelante alienou o imóvel a terceiros, muito antes do julgamento da ação movida pelos apelados, que ocorreu somente em março/2017, quase 5 anos depois. Alega que não se justificaria a determinação daquele julgamento, de obstar a execução da alienação fiduciária, porque ela já teria sido executada e os apelados não teriam quitado nem mesmo os valores incontroversos, o que foi reconhecido quando do julgamento de apelação. O cumprimento de sentença ajuizado pelos apelados, para conversão em perdas e danos da obrigação de suspensão da execução extrajudicial da garantia fiduciária, foi extinto por inexigibilidade da cobrança, o que ensejou esta demanda. Sustenta que não seria cabível a conversão em perdas e danos, porque obrigação inexigível, pois procedimento legal e regular de execução da alienação fiduciária, nos termos da Lei 9.514/1997. Alega que se trataria de obrigação inexigível, porque não teria havido nenhuma irregularidade no procedimento da execução da garantia fiduciária. Impugna a devolução de valores pagos, porque a restituição deveria observar as regras do artigo 27, §4º, da Lei 9.514/1997. Alega que teria sido a única prejudicada, na execução da garantia fiduciária, por causa de inadimplemento dos apelados, que não poderiam ser valer da própria torpeza. Em caso de reconhecimento do cabimento da conversão de perdas e danos, alega que teria havido excludente de ilicitude da apelante, nos termos do artigo 188 do Código Civil.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões a ps. 463/472, com prequestionamento dos artigos 247 e 248 do Código Civil e do artigo 499 do Código de Processo Civil.

Oposição ao julgamento virtual (ps. 351/353).

Os autos encontram-se em termos para julgamento.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Os apelados, compradores de imóvel vendido pela apelante, foram notificados por iniciativa desta, como credora fiduciária, para purgação da mora de parcelas inadimplidas do preço da compra, para efeitos do procedimento do artigo 26 e ss. da Lei 9.514/1997.

Em demanda anterior, eles alegavam que as notific1'1ações teriam cobrado valor em excesso, requerendo o reconhecimento deste, para suspender os efeitos das notificações, obstando a ultimação do procedimento de execução da garantia fiduciária. A demanda foi julgada procedente, com reconhecimento da nulidade das notificações n. 50.726 e 50.727, por excesso de cobrança, e suspendendo os efeitos delas para o procedimento do artigo 26, §7º, e seguintes da Lei 9.514/1997 (ps. 19/27).

Esse julgamento, em grande medida, foi mantido por esta Câmara, ao apreciar apelação da vendedora (a mesma aqui apelante). No acórdão (ps. 473/481), constou claramente que "*em decorrência do excesso de cobrança, bem determinou o Magistrado a quo a suspensão dos efeitos das notificações, em cumprimento do art. 26, §7º e seguintes da Lei 9.514/1997*" e que não seria concebível que "*ao se declarar inexigível o excesso de cobrança por indevida, que se mantenha o procedimento para constituição da propriedade fiduciária e posterior praceamento do bem, devendo ser oportunizado ao devedor a purgação da mora nos exatos valores devidos à ré*".

Ocorre que, antes do julgamento daquela demanda anterior, reconhecendo a nulidade das notificações enviadas pela apelante, o procedimento de execução da garantia fiduciária, pelos artigos 26 e seguintes da Lei 9.514/1997, foi ultimado, tendo havido a alienação para terceiros (ps. 396/408).

Acesso ao Sumário

Por consequência, no cumprimento de sentença da ação anterior, foi reconhecida a impossibilidade de cumprimento das obrigações do título executivo, para cancelar as notificações e averbações posteriores, resguardando os direitos dos terceiros, adquirentes de boa fé, por acórdão de agravo de instrumento, que também verificava a possibilidade dos aqui apelados serem indenizados pela conversão da obrigação de fazer inexequível em perdas e danos (ps. 482/488).

É o que os apelados pretendem com o ajuizamento desta demanda, que foi julgada procedente para converter a obrigação julgada anteriormente, de reabertura do prazo para purgação da mora da compra e venda, do procedimento da execução da garantia fiduciária, em perdas e danos, no valor integral dos pagamentos feitos para a compra, até o momento da consolidação da propriedade

fiduciária.

Em primeiro lugar, afasta-se a pretensão da apelante de exclusão de ilicitude de sua conduta, de executar a garantia fiduciária e ultimar a consolidação da propriedade pela Lei 9.514/1997, até a alienação a terceiros de boa fé. Apesar de não ter havido a concessão de tutela de urgência, para suspensão dos efeitos das notificações enviadas ou bloqueio da matrícula do imóvel, ao final a demanda foi julgada procedente, reconhecida a nulidade das notificações. Como as notificações eram os atos de início da execução extrajudicial da garantia fiduciária, sua nulidade reconhecida importa na irregularidade de todo o procedimento, que apenas não foi desconstituído em razão de direito de terceiros de boa fé.

Não se ignora que os apelados estiveram em mora, pois a nulidade das notificações decorreu de reconhecimento de excesso de cobrança, não de que não havia atraso dos compradores. Todavia, o dispositivo da demanda anterior, transitado em julgado, incluía a possibilidade de os apelados purgarem a mora posteriormente, no cumprimento de sentença, e isso foi inviabilizado pela ultimação da execução da garantia fiduciária pela apelante.

Não se tratou de exercício regular de direito, como alega a apelante (art. 188, I, CC), pois a notificação fora irregular. A apelante assumiu o risco de prosseguir com a execução da garantia fiduciária e, depois, ser inviável o retorno das partes ao *statu quo ante*, para possibilitar a purgação da mora pelos apelados e prosseguimento da compra feita por eles.

Quanto a isso, os apelados têm razão, ao arguirem a incidência dos artigos 247 e 248 do Código Civil e do artigo 499 do CPC ao caso: a apelante, ao prosseguir com a execução da garantia fiduciária, foi culpada da inexecução da obrigação firmada pelo título executivo da demanda anterior, o que justifica sua conversão em perdas e danos.

Contudo, respeitado o entendimento diverso da I. Magistrada sentenciante, não é o caso de ser devolvida a integralidade dos valores pagos pelos compradores, até o momento do desfazimento do negócio pela execução da garantia fiduciária.

O acórdão que julgou a ação anterior dos apelados, embora tenha reconhecido o excesso da cobrança das notificações da apelante, também entendeu que a controvérsia decorria de culpa dos compradores: "*embora tenha constatado, por meio de perícia, que a atualização do débito com os encargos devidos fosse excessiva, não se pode olvidar que a causa remota desta divergência matemática foi a mora atribuída ao próprio autor, não fosse ela o pacto teria sido cumprido regularmente e estaria quitado*" (p. 478).

Ou seja, os apelados não foram completamente inocentes nas intercorrências da demanda anterior, o que ensejou a ultimação da garantia fiduciária e a impossibilidade da execução das obrigações de fazer fixadas no título executivo da demanda anterior.

Acesso ao Sumário

Em razão disso, a indenização deve ser fixada em valor mais reduzido, para equilibrar a gravidade da culpa de cada uma das partes - o que decorre da previsão do artigo 945 do Código Civil.

Para tanto, mostra-se razoável que a indenização corresponda a percentual dos valores pagos, representando a impossibilidade de prosseguimento da compra e venda, resultado final que poderia decorrer da execução da obrigação fixada na ação anterior, inexequível por culpa da apelante, mas de valor mais reduzido, pelo reconhecimento da culpa concorrente dos compradores apelados.

Aplica-se, aqui, por analogia, o percentual de restituição de 75% dos valores pagos, conforme previsto pelo artigo 67-A da Lei 4.591/1964. A indenização por culpa concorrente da vítima deve ser fixada por critérios outros que meramente a extensão do dano (art. 944, CC), o que justifica a aplicação analógica no caso.

Pelo mesmo fundamento, não há violação ao artigo 27, §4º, da Lei 9.514/1997, prequestionado pela apelante. O procedimento de execução extrajudicial da garantia fiduciária teve sua regularidade desconstituída pelo julgamento da demanda anterior, de maneira que não se pode concluir que houve quitação de débitos dos apelados e que a devolução deveria observar as regras daquele dispositivo.

Enfim, pela inviabilidade do prosseguimento da compra e venda entre as partes, apesar do reconhecimento da possibilidade de purgação da mora posterior pelos apelados, a obrigação fixada na demanda anterior deve ser convertida em perdas e danos (arts. 247 e 248, CC; e art. 499, CPC), cujo valor deve corresponder a 75% dos valores pagos pelos compradores, por analogia ao artigo 67-A, inciso II, da Lei 4.591/1964.

Quanto às despesas de emolumentos e gastos de escritura, registro e ITBI, a indenização deve ser pela metade, pela responsabilidade concorrente das partes pelo desfazimento do negócio (art. 945, CC).

Por fim, esclarece-se que as devoluções devem ser feitas com correção monetária desde os pagamentos, porque a correção monetária é mera reposição do valor da moeda. Os juros de mora, porém, incidem a partir da citação, nos termos do artigo 397, § único, do Código Civil e do artigo 240 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** à apelação da ré, reformando-se a r. sentença para fixar a indenização devida aos autores em 75% dos valores pagos, da compra do imóvel, e metade das despesas de escritura, registro e ITBI, tudo com correção monetária desde cada pagamento e com juros de mora desde a citação.

A reforma da sentença importa em sucumbência recíproca das partes, não se tratando de decaimento mínimo dos autores (art. 86, CPC). Por isso, caberá à ré o pagamento de dois terços das custas e das despesas do processo e aos au-

Acesso ao Sumário

tores, um terço; honorários advocatícios em favor dos patronos dos autores em 15% do valor total da condenação, e, em favor dos patronos da ré, em 15% da diferença entre o valor dos pedidos e o valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1023204-11.2021.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante MOTEL ENJOY EIRELI, é apelada DOLORES MONTEIRO GARCIA.

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 12949)**

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

São Paulo, 7 de novembro de 2023.

SERGIO ALFIERI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Posse de coisa móvel. Ação de reintegração de posse de veículo cumulada com cominação de pena, julgada improcedente. Recurso da autora. Comodato de veículo. Fato não comprovado. Provas documental e testemunhal demonstrando que o veículo, embora de titularidade da empresa autora, foi adquirido pela ré com recursos próprios e se encontrava na sua posse desde a compra. O representante legal da autora, filho da ré, fazia uso do veículo, assim como um de seus irmãos, ausente demonstração de que o bem era usado para a finalidade social da empresa autora. Esbulho possessório não caracterizado. Improcedência bem decretada. Litigância de má-fé requerida em contrarrazões. Rejeição. Conduta da autora que não ultrapassou o campo do direito de ação, garantia constitucional. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO, majorada a verba honorária sucumbencial devida pela autora, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de reintegração de posse cumulada com cominação de pena e pedido liminar, ajuizada por MOTEL ENJOY EIRELI contra DOLORES MONTEIRO GARCIA, julgada improcedente pela r. sentença atacada (fls. 569/575), cujo relatório adoto, mantendo a ré na posse do veículo, condenada a autora ao pagamento das verbas sucumbenciais, arbitrados os honorários advocatícios em R$ 1.000,00.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 603/644), pugnando pela inversão do julgamento, argumentando: **i)** restou comprovado que a autora exercia a posse anterior sobre o veículo e que a apelada praticou esbulho; **ii)** em ações possessórias não se discute a propriedade do bem, equívoco cometido na r. sentença; **iii)** a r. sentença considerou, erroneamente, os depoimentos prestados por informantes e testemunha impedidos e suspeitos, que são inimigos capitais do proprietário da empresa apelante e com interesse na causa.

Recurso regularmente processado e preparado (fls. 645/646, complementado às fls. 739/740).

Contrarrazões às fls. 650/728.

É o relatório.

A irresignação recursal não comporta provimento.

Segundo narra a petição inicial, a autora alega ser legitima proprietária do veículo da marca/modelo Mercedes Benz/C 180 FF, ano de fabricação/modelo 2019, placas EEO3G72, e quando a ré necessitava emprestava-lhe o veículo.

Consta, ainda, que em junho/2021, o representante da autora e a ré se desentenderam, ficando condicionado que para novos empréstimos, a ré deveria arcar com os custos do veículo.

Prossegue a exordial, afirmando a autora que a ré nega-se a devolver o veículo emprestado em abril/2021 e não arcou com os custos. Aduz ter notificado a ré para a devolução do veículo. Informa que a ré está com a habilitação cassada.

Finaliza a petição inicial, requerendo a autora, liminarmente, a reintegração na posse do bem móvel, confirmando-a ao final, em caráter definitivo, com imposição de multa diária à ré em caso de recusa à devolução.

Com efeito, a causa de pedir reside no alegado esbulho possessório praticado pela apelada ao se recusar a devolver o veículo que lhe teria sido emprestado pela apelante.

Contudo, ao cabo da instrução processual, o d. Sentenciante concluiu que era a apelada quem exercia a posse da coisa, pois a adquiriu com recursos próprios, não tendo a apelante logrado êxito em demonstrar que tinha a posse do bem antes do alegado esbulho, embora ostente sua titularidade documental.

A posse do veículo, pelo que restou apurado nos autos, não foi transferida à apelada mediante simples empréstimo, como alegado na petição inicial. Os

Acesso ao Sumário

fatos debatidos envolvem interesses dos componentes da mesma família, pois o representante legal da empresa apelante, Sr. Ricardo, é filho da apelada.

O contexto em que a r. sentença abordou a propriedade do veículo não conduz ao entendimento de que esse fato foi relevante para a formação do convencimento do julgador. Fosse disputada a posse com base no domínio, certamente a r. sentença teria reconhecido o direito à apelante, em nome de quem se encontra registrado o bem. Note-se que em determinado trecho da petição inicial, a autora reforça a sua condição de proprietária do veículo para rebater aos termos da contranotificação promovida pela parte contrária (fls. 5). A r. sentença, portanto, não partiu de premissa equivocada, como afirmado no recurso.

A apelante impugnou os depoimentos das testemunhas Ligia Monteiro Jorge e Vivian Alves Jorge (fls. 443/444), a primeira, filha da apelada e, a segunda, cunhada de Ricardo (representante legal da apelante), alegando que ambas são inimigas capitais deste. Os trechos do depoimento, pinçados no recurso, dão conta do conflito entre os irmãos (Ligia e Ricardo) e o interesse da depoente Ligia no desfecho da causa em favor da apelada, sua mãe. Quanto à testemunha Vivian, a impugnação ao seu depoimento, ao fundamento de inimizade gerada pela demissão de Márcio, por Ricardo, da empresa, e a posterior propositura de uma ação do demitido contra Ricardo, mostra-se verossímil por conta do ressentimento causado por esses acontecimentos.

Porém, o juiz reputou necessários os depoimentos e ouviu as testemunhas na condição de informantes. A admissão desses depoimentos encontra amparo legal (art. 447, § 4º, do CPC[1]), cabendo ao julgador sopesá-los e valorá-los, expondo os motivos que o levaram a tomá-los em consideração (art. 447, § 5º, do CPC[2]).

Nesse sentido, a animosidade entre os irmãos, por si só, não invalida todo o depoimento de Ligia, eis que o ponto expressamente considerado na r. sentença, diz respeito à confirmação de que o veículo foi adquirido em nome da pessoa jurídica "*... por haver desconto...*" "*... como se colhe da prova oral acima colhida*".

A esse respeito, a apelante não teceu qualquer comentário e nem produziu contraprova apta a desconstituir a fundamentação externada na r. sentença, de que a aquisição do veículo em nome da pessoa jurídica teve como objetivo o recebimento de benefícios fiscais e a consequente redução final do preço pago.

Em relação ao depoimento de Vivian, ele não foi considerado isoladamente, mas valorado dentro dos demais elementos de prova, daí porque não

1 Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.
§ 3º São suspeitos:
I - o inimigo da parte ou seu amigo íntimo.
§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

2 § 5º os depoimento referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhe atribuirá o valor que possa merecer.

Acesso ao Sumário

pode ser descartado.

No tocante à prova documental (aviso de sinistro de seguro, recibos de pagamento do conserto do veículo e da franquia do seguro, entre outros), evidente que o representante legal da pessoa jurídica também fazia uso do veículo.

Todavia, não comprovou que a utilização se dava para atendimento exclusivo à finalidade social da empresa apelante, autora da ação. Cuidando-se de um veículo de passeio de luxo, não é crível que ele tenha sido empregado para o transporte de funcionários e/ou para o abastecimento de mercadorias utilizadas na empresa. E não fosse o desentendimento familiar, bem provável que o representante legal da pessoa jurídica continuasse a fazer uso do veículo. Aliás, não apenas o representante legal, mas também seu irmão Renato Monteiro Jorge, que informou em seu depoimento (fls. 443/444) que também fazia uso do veículo, como citado no recurso. E a outra testemunha, Carlos Eduardo Unello Pereira, informou ter encontrado a apelada várias vezes no supermercado com o veículo, objeto da ação, depoimento que confirma o uso do bem pela apelada (fls. 443/444). O argumento de que esse depoente teria interesse na causa porque foi contratado pela apelada para avaliar um imóvel em processo judicial movido contra Ricardo (representante legal da apelante) não se amolda a quaisquer das hipóteses de impedimento ou suspeição. Presume-se que a testemunha tenha estabelecido com a apelada um relacionamento profissional, exceto comprovação em sentido contrário, o que não ocorreu.

Não há prova alguma de que o veículo era usado para fins comerciais, como deveria ser para legitimar a pessoa jurídica ao exercício da ação. E se o representante legal o fazia para fins particulares deveria ter formulado a pretensão em nome próprio, já que a resolução do conflito não se resolve com base na titularidade do veículo.

Possível inferir pelas fotografias colacionadas à contestação o comportamento de quem está prestes a entrar num automóvel que acabara de adquirir, no caso a apelada, prova documental idônea e não infirmada pela apelante.

O fato de a testemunha Marco Antonio Palma Rodrigues ter declarado que foi o representante legal da apelante quem levou o veículo para conserto e o retirou, assim como a declaração prestada pela testemunha João Luis Brivilieri de que fez todos os seguros do veículo e suas renovações, auxiliando Ricardo (representante da pessoa jurídica) quando do sinistro ocorrido em 04/03/2021 (fls. 443/444), não se afiguram suficientes para albergar a tese autoral em face das particularidades da lide - litígio entre familiares.

Ora, sendo a apelada pessoa idosa (78 anos à época), natural que seu filho se prontificasse a providenciar o conserto do veículo sinistrado, mormente porque era quem estava conduzindo o automóvel na ocasião. De igual modo, o fato de Ricardo ter realizado as tratativas para a contratação do seguro e suas renovações, apenas atestam que o representante legal auxiliava sua genitora para

Acesso ao Sumário

a resolução dessas questões que costumam ser mais dificultosas para pessoas idosas, regra de experiência comum.

O veículo, portanto, não foi emprestado por Ricardo, representante legal da apelante, à sua mãe, como concluiu corretamente a r. sentença. E, por consequência, não tendo havido esbulho, a medida possessória não poderia ser concedida à apelante.

De outro lado, o não acolhimento do pedido inicial não configura a litigância de má-fé da apelante, como alegado em contrarrazões.

A demanda envolve questões familiares, de modo que o seu ajuizamento não ultrapassou o campo do direito de ação, garantia constitucional, daí porque não tem cabimento o pedido de aplicação das penas da litigância de má-fé à apelante.

Destarte, devidamente equacionado o litígio, a r. sentença recorrida deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Por fim, majora-se em R$ 200,00 a verba honorária sucumbencial devida pela apelante, considerando os termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003668-26.2023.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes BANCO ITAUCARD S/A e ITAÚ UNIBANCO S/A, é apelado PAGSEGURO INTERNET INTITUIÇÃO DE PAGAMENTO S.A.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56951 – JPM)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente sem voto), TAVARES DE ALMEIDA e EMÍLIO MIGLIANO NETO.

São Paulo, 8 de novembro de 2023.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Ação regressiva. Fraude. Banco que busca o ressarcimento do valor pago em razão de acordo em ação indenizatória proposta pela vítima. Sentença de improcedência. Inconformismo dos autores. Apela-

Acesso ao Sumário

ção. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. Questão eminentemente de direito, sendo despicienda a juntada de outros documentos no presente caso. Preliminar de nulidade da sentença por falta de fundamentação afastada. Responsabilidade civil que depende da demonstração de ato ilícito que possua nexo causal com o dano sofrido. Arts. 186, 187 e 927, do Código Civil. Regresso que exige a comprovação de que o dano foi causado por aquele contra quem se busca o ressarcimento. Art. 934, do CC. Autores que não se desincumbiram do ônus probatório. Ré que é mera intermediadora de pagamentos. Ausência de provas de que a ré tenha se beneficiado do pagamento realizado. Ausência de nexo causal entre a conduta da ré e o dano sofrido pelos autores. Fraude que foi possível diante da conduta do próprio banco. Responsabilidade civil da ré não configurada. Precedentes do TJSP. Sentença mantida. Honorários recursais. Recurso desprovido.

VOTO

Banco Itaucard S/A e Itaú Unibanco S/A ajuizaram ação regressiva contra Pagseguro Internet Intituição de Pagamento S/A, buscando a restituição da importância de R$8.000,00. O d. Juízo "a quo" julgou improcedente a ação [fls. 236/237]. Inconformado, os autores apelaram. Sustentam preliminarmente pela ocorrência de cerceamento de defesa e pela nulidade da sentença por ausência de fundamentação. No mérito aduzem a responsabilidade da ré pela ausência de monitoramento das contas utilizadas pelos seus credenciados. Além disso, sustentam que a ré é intermediadora das operações realizadas entre o vendedor e consumidor, sendo responsável pela indenização em caso de negociação fraudulenta [fls. 256/269]. Com contrarrazões [fls. 290/297]. Recurso processado em seguida.

É o relatório.

O recurso é desprovido.

Explica-se.

Inicialmente, afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa alegada pelos autores. Isso porque cabe ao juiz da causa, num âmbito de discricionariedade que lhe é próprio, decidir se há ou não a necessidade de produção de outras provas para fins de julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 355, inciso I do CPC/15.

Afinal, compete ao juiz, enquanto destinatário da prova, aferir a pertinên-

Acesso ao Sumário

cia de sua realização. Segundo o entendimento do e. STJ, "tendo o magistrado elementos suficientes para o esclarecimento da questão, fica o mesmo autorizado a dispensar a produção de quaisquer outras provas, ainda que já tenha saneado o processo, podendo julgar antecipadamente a lide, sem que isso configure cerceamento de defesa" (REsp 57.861/GO, Rel. Min. Anselmo Santiago).

Assim, não ocorreu cerceamento de defesa, uma vez que o mero indeferimento de provas não é argumento suficiente para caracterizá-lo. E mais, o fato controvertido nos autos trata-se de questão eminentemente de direito, sendo despicienda a juntada dos documentos solicitados.

Também completamente descabida a alegação de que a sentença atacada não teria sido fundamentada.

A decisão de Primeiro grau expõe claramente os motivos nos quais se funda para chegar à conclusão que culminou na improcedência de presente demanda, como se observa:

"*O estabelecimento comercial é inserido no sistema de arranjo de pagamentos pela empresa credenciadora (réu).*

O consumidor (vítima) é inserido no sistema de arranjo de pagamentos pelo emissor do cartão de crédito (autores).

As transações com o cartão de crédito da consumidora foram permitidas pelos autores, os quais, negligentemente, ignoraram a notícia de furto da consumidora e autorizaram as transações aos estabelecimentos comerciais.

Não há, pois, participação do réu para o evento, não tendo praticado ação ou omissão que justificasse o pedido regressivo formulado pelos autores.".

Pois bem.

Vai-se ao mérito.

A responsabilidade civil é disciplinada pelo Código Civil, que dispõe que aquele que comete ato ilícito tem o dever de reparar o dano causado:

"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."

"Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

E, nos termos do art. 934, do CC "*Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.*"

Assim, seria necessário que os autores demonstrassem a ocorrência de uma conduta ilícita perpetrada pela ré e o nexo causal entre tal conduta o dano sofrido, o que não se deu no caso concreto.

Acesso ao Sumário

É incontroverso que a instituição financeira figurou no polo passivo da ação de declaratória de inexigibilidade de débito c.c indenização por dano moral intentada por Creuza dos Santos Pereira [processo nº 1014387-80.2022.8.26.0309], tendo sido firmado acordo entre as partes, ficando o banco obrigado ao pagamento da importância de R$8.000,00 à vítima.

Ressalta-se que a vítima sustentou, naquele feito, que foi vítima do "golpe do motoboy", informando o banco do ocorrido e solicitando o bloqueio do cartão.

Nesse sentido, com efeito, não há que se falar em responsabilidade da ré pelo dano causado à vítima. Como bem mencionado pelo d. Juízo de piso "*As transações com o cartão de crédito da consumidora foram permitidas pelos autores, os quais, negligentemente, ignoraram a notícia de furto da consumidora e autorizaram as transações aos estabelecimentos comerciais*."

Além disso, em que pese conste a apelada como credenciadora das contas beneficiárias dos pagamentos efetivados, ela é mera administradora das contas de terceiros que efetivamente receberam o valor da transação.

É cediço que a ré, na qualidade de instituição de pagamento, não é beneficiária do valor transacionado, pois apenas se dispõe a realizar a movimentação solicitada por seus usuários.

Assim, de fato, não seria viável exigir da ré a adoção do mecanismo de "chargeback", dado que nada lhe foi informado acerca de possível fraude na compra.

Por tais fundamentos, não se vislumbra qualquer conduta ilícita da ré apta a configurar sua responsabilidade civil e, em consequência, que faça surgir o dever de ressarcimento.

Neste sentido, a jurisprudência deste e. Tribunal de Justiça:

[a] Apelação. Responsabilidade civil. Pessoas Jurídicas. Pretensão do banco de se ressarcir de condenação em outro processo, por fraude envolvendo cartão de crédito. Ausência de nexo causal entre o dano causado ao titular do cartão e conduta da empresa ré, empresa intermediadora de pagamentos. Ausência de comprovação de falha na prestação de serviços. Sentença de improcedência confirmada por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do RITJSP. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1113266-07.2021.8.26.0100; Relator (a): Flávio Cunha da Silva; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível-25ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/12/2022; Data de Registro: 15/12/2022);

[b] Apelação - Ação de Cobrança - Preliminar: ilegitimidade passiva - Matéria que se confunde com o mérito - Rejeitada - Mérito: Banco pretende atribuir a empresa operadora de máquinas de cartão de crédito o dever de indenizar danos suportados por compras realizadas com cartão de crédito obtido fraudulentamente - Ausência de imputação de conduta ao apelado - Não com-

Acesso ao Sumário

provação dos elementos da responsabilidade civil - Sentença mantida - Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1121752-78.2021.8.26.0100; Relator (a): Ernani Desco Filho; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível-24ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/11/2022; Data de Registro: 21/11/2022).

Dessa maneira, mantém-se integralmente a r. sentença proferida.

Majoram-se os honorários advocatícios devidos em favor dos patronos da ré de R$ 1.000,00 para R$ 1.500,00, nos moldes do art. 85, §2º, 8º e 11, do CPC.

Para fins de prequestionamento, ressalta-se que toda matéria devolvida se encontra prequestionada, com a ressalva de que o juiz não está obrigado a mencionar expressamente todos os pontos suscitados pelas partes, tampouco a citar as normas aventadas, bastando que o recurso tenha sido fundamentadamente apreciado.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002505-38.2022.8.26.0272, da Comarca de Itapira, em que são apelantes/apelados BANCO ITAUCARD S/A e ITAÚ UNIBANCO S/A, é apelada/apelante MARIA APARECIDA GARDINALI SIQUEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso do requerido, na parte em que conhecido, e deram parcial provimento ao recurso adesivo da autora V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 49734)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente), VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR e TAVARES DE ALMEIDA.

São Paulo, 8 de novembro de 2023.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL - Transações não reconhecidas pela autora (transferências bancárias, PIX, empréstimos) - Prova produzida que comprovou que o banco requerido falhou no monitoramento das despesas praticadas, tendo em vista que as transações fogem ao perfil da autora - Falha na prestação do serviço - Aplicação da Súmula 479 do STJ - Necessidade de cancelamento dos empréstí-

Acesso ao Sumário

mos fraudulentamente tomados e recomposição dos prejuízos experimentados, ante a inexistência das relações jurídicas contratuais em discussão - Determinação de devolução dos valores subtraídos da autora em razão das transações questionadas, em dobro, nos termos da modulação dos efeitos determinada pelo C. STJ (EAResp nº 676608/RS) - Danos morais configurados - Montante reparatório fixado em R$10.000,00, com incidência de juros de mora desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ) e correção monetária a contar do julgamento do recurso (Súmula 362 do STJ) - Verba honorária devida pelo banco majorada - Recurso do requerido improvido, na parte em que conhecido, e provido, em parte, o da autora.

VOTO

Trata-se de ação de responsabilidade civil ajuizada por Maria Aparecida Gardinali Siqueira contra Itaú Unibanco S/A e César Moreira da Silva, cuja r. sentença de fls. 158/165, de lavra da d. magistrada VANESSA APARECIDA BUENO, julgou parcialmente procedente os pedidos, para "*(i)* ***declarar*** *a inexistência das relações jurídicas contratuais descritas na inicial e* ***declarar*** *a inexigibilidade dos débitos delas decorrentes; (ii)* ***condenar*** *o banco requerido a restituir à autora, em dobro, os valores indevidamente descontados/debitados/subtraídos da conta bancária dela pelo suposto fraudador, a serem apurados em regular fase de cumprimento de sentença e corrigidos monetariamente pelos índices da tabela prática do E.TJSP desde a dará de cada desconto, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação; (iii)* ***condenar*** *o requerido Cesar Moreira da Silva a restituir à autora, na forma simples, os valores indevidamente descontados/debitados/subtraídos da conta bancária dela pelo suposto fraudador, a serem apurados em regular fase de cumprimento de sentença e corrigidos monetariamente pelos índices da tabela prática do E.TJSP desde 30.06.2022, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.*" (fls. 164/165).

Em razão da sucumbência, carreou à parte requerida o pagamento rateado (meio a meio) das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da condenação.

Irresignadas, apelaram ambas as partes. A instituição financeira sustenta a regularidade e a autoria das transações, pois validadas com senha digital e dispositivo "iToken", cujo cuidado é exclusivo do cliente, configurando, na hipótese, a culpa exclusiva do consumidor que agiu com negligência. Diz que inexiste falha na prestação de serviço, principalmente porque não há previsão

Acesso ao Sumário

contratual para bloqueios de transações de forma "personalizada ao perfil do cliente". Assim, entende que não há falar em devolução de valores, muito menos em dobro, ou declaração de inexigibilidade, pois as transações foram realizadas de forma legítima. Subsidiariamente, requer que seja deferida a compensação da condenação com o valor disponibilizado em conta (crediário) para financiar parte das operações impugnadas, evitando-se enriquecimento ilícito, bem como que seja reconhecida a sucumbência recíproca diante do afastamento do pedido de danos morais.

Por sua vez, a autora recorre de forma adesiva, buscando a indenização por danos morais que entende devida, aplicando-se a teoria do desvio produtivo do consumidor, bem como a majoração dos honorários de sucumbência.

Recursos regularmente processados, acusando respostas (fls. 185/188 e 196/204), subiram os autos.

É o relatório.

De início, observa-se que não há interesse recursal quanto à compensação da condenação com o montante disponibilizado à autora (crediário), pois está expresso na r. sentença que "eventuais valores disponibilizados pela Casa Bancária na conta da autora a título dos empréstimos fraudulentos que pelo fraudador não foi transferido para outrem, deverá ser por ela restituído ao banco, tudo a ser apurado em regular fase de cumprimento de sentença" (fls. 164).

No mais, conforme se infere dos autos, a alegação da autora é no sentido de que, em 28/06/2022, recebeu telefonema de suposta funcionária do banco requerido, alertando-a acerca de tentativas suspeitas de movimentação em sua conta bancária, sendo instruída a entrar em contato pelos canais de atendimento que constam no verso do cartão. Procedendo desta maneira, alega que foi informada para manter seu aparelho celular desligado até a conclusão dos procedimentos de bloqueio do cartão, quando, então, foi vítima da fraude. Discorre que, no dia seguinte ao ocorrido, contatou o banco réu, que lhe orientou a registrar boletim de ocorrência, abrir procedimento administrativo e aguardar o parecer final do banco, o qual não lhe foi favorável (fls. 32). Nesse ínterim (entre 28/06/2022 e 01/07/2022), continuou sendo vítima de atos fraudulentos, causando-lhe prejuízos financeiros de grande monta (fls. 18/31):

1) Transferências bancárias via internet (TBI), no valor total de R$73.664,76, bem como TED no valor total de R$5.750,00 e PIX no valor de R$4.980,22 ao corréu Cesar Moreira da Silva.

2) Contratação de empréstimo pessoal nº 213217645-0, com valor entregue de R$39.050,00, mas totalizando dívida de R$138.099,00, no longo prazo, bem como de antecipação do décimo terceiro nº 213330614-8, com valor entregue de R$1.520,00, para pagamento de R$1.811,75.

Com efeito, a jurisprudência é uníssona a respeito da responsabilidade do banco acerca de fraudes perpetradas por terceiros, conforme se observa do

Acesso ao Sumário

precedente a seguir julgado sob o rito dos 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" (STJ, REsp 1199782 / PR, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j 24/08/2011).

Relativamente ao tema, sobreveio entendimento da Súmula 479 do STJ: "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*".

O cerne da questão é a realização de transações fraudulentas (transferências, empréstimos), fugindo totalmente ao perfil da consumidora. A autora é destinatária final dos serviços fornecidos pelo banco requerido. Caracterizada a relação de consumo entre as partes, aplicável, à hipótese dos autos, o Código de Defesa do Consumidor.

Ao fornecedor de serviços compete se cercar de todos os meios capazes de garantir segurança aos seus usuários, que confiam nos serviços que lhes são prestados.

Assim, não se pode afastar, em absoluto, a responsabilidade do banco réu, decorrente de vulnerabilidade de tal monta, até porque, a movimentação de quantias consideráveis, em cotejo àquelas que a autora normalmente efetua, deveria ter sido detectada de forma preventiva, mormente em se tratando de operações que não só ocasionaram o esvaziamento de seu saldo bancário, como também a deixaram com saldo negativo de R$2.990,00 (fls. 26).

Acesso ao Sumário

Não se pode olvidar da conduta culposa do requerido em não se cercar de meios a fim de minimizar a possibilidade de invasão de seu sistema. Cabe destacar que a vulnerabilidade decorreu também da conduta do banco, uma vez que possibilitou a captura, por terceiros, de dados de seus clientes correntistas, no caso, a autora.

Aliás, faz parte da rotina das instituições financeiras sempre consultar o cliente quando as despesas realizadas ultrapassam o limite da média daqueles valores comumente despendidos pelo referido correntista, cabendo ressaltar que as transações realizadas em poucos dias, culminando no esvaziamento da conta, com certeza, fogem ao perfil da cliente.

É cediço que as regras de segurança também devem ser zeladas pelas instituições, que auferem benefício econômico com essas operações, razão pela qual, a todo instante, disponibilizam ferramentas e tecnologia para monitoramento dos correntistas.

Portanto, a simples assertiva de que a realização das operações é feita mediante a utilização de senha pessoal do portador não é suficiente para demonstrar a inexistência de falha nas operações aqui questionadas, bem como para evidenciar que teria havido culpa exclusiva da autora pela ocorrência, caso tivesse sido feita por terceiro.

Destarte, não comprovadas as relações jurídicas das quais advieram os débitos, de rigor a manutenção da r. sentença, principalmente no tocante à devolução em dobro dos valores subtraídos, em decorrência da modulação dos efeitos determinada pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

"*A restituição em dobro do indébito (parágrafo único do artigo 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que realizou a cobrança indevida, revelando-se cabível quando a referida cobrança consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva.*" "*[...] Modulam-se os efeitos da presente decisão - somente com relação à primeira tese - para que o entendimento aqui fixado quanto à restituição em dobro do indébito seja aplicado apenas a partir da publicação do presente acórdão. A modulação incide unicamente em relação às cobranças indevidas em contratos de consumo que não envolvam prestação de serviços públicos pelo Estado ou por concessionárias, as quais apenas serão atingidas pelo novo entendimento quando pagas após a data da publicação do acórdão*" (STJ, EAREsp 676.608/RS, Relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 21/10/2020, DJe de 30/03/2021).

Assim, e considerando tratar-se de indevidos pagamentos ocorridos em 2022, a devolução das quantias deve ocorrer de forma dobrada, pois posterior à data de publicação do aresto supracitado.

Convém assinalar que, até mesmo eventuais encargos de mora decorrentes do saldo negativo da conta, ocasionado pelas transações fraudulentas, deverão ser restituídos, os quais serão apurados na fase de cumprimento de sentença, conforme determinado pela r. sentença.

Por oportuno, reconheço a ocorrência de danos morais, eis que é indiscutível o sofrimento, angústia e transtornos ocasionados à parte autora, em razão da fraude que apenas ocorreu dada a falha na segurança dos serviços prestados pelo requerido, abalando a confiança na relação estabelecida entre as partes, sem prejuízo dos transtornos financeiros decorrentes do esgotamento de suas economias pessoais.

Inconteste, ademais, que a parte autora despendeu tempo para solução da questão, sem êxito, necessitando ajuizar a presente ação judicial para obter a solução da questão.

Acesso ao Sumário

No que diz respeito à quantificação de tal indenização, não se pode olvidar que deve se basear em critérios de significância, razoabilidade e proporcionalidade, sem permitir o enriquecimento do lesado à custa do ofensor, mas suficiente para que ocorra a efetiva reparação da lesão causada, bem como para coibir a repetição da conduta ofensiva.

Na espécie, levando-se em consideração o grau de sofrimento provocado pelo agravo e os demais parâmetros norteados acima declinados, bem como por entender exagerada a pretensão indenizatória pleiteada (R$84.394,98), considero adequado o valor reparatório de R$10.000,00 (dez mil reais), com incidência de juros de mora desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ) e correção monetária pela Tabela Prática desta Corte a contar do julgamento deste recurso (Súmula 362 do STJ).

Por fim, observo que, quanto aos honorários de sucumbência, nos termos do parágrafo 11º, do art. 85, do Código de Processo Civil, a verba honorária fica majorada para 12% sobre o valor total da condenação, observado o teor da súmula 326 do STJ.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso do requerido, na parte em que conhecido, e dou parcial provimento ao recurso adesivo da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004136-96.2023.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante U. DO B.T.L., é apelada V.B.R. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1713)**

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

São Paulo, 9 de novembro de 2023.

PEDRO PAULO MAILLET PREUSS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação indenizatória. Crime de estupro e extorsão cometido durante viagem contratada por meio de aplicativo. Sentença de procedência, fixando indenização por dano moral em R$ 500.000, 00. Insurgência da empresa Ré.

PRELIMINAR. Ilegitimidade passiva arguida pela

Acesso ao Sumário

U. do B. T. L. Não acolhimento. Relação de consumo. Solidariedade decorrente do lucro obtido pelo aplicativo em cada operação de seus motoristas parceiros. U. que responde pelo vício na prestação do serviço, independentemente da inexistência de vínculo empregatício.
MÉRITO. Indenização pelos danos morais sofridos. Cabimento. Configuração de extorsão mediante sequestro, cárcere privado e estupro cometidos por motorista parceiro contra passageira que enseja responsabilização extrapatrimonial. Indenização que tem duplo caráter: punitivo e compensatório. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto da r. sentença de fls. 139/142 que, nos autos de ação indenizatória, julgou procedente o pedido, para condenar a Apelante ao pagamento de indenização por danos morais de R$ 500.000,00, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% do valor da condenação.

Inconformada, sustenta a Apelante, em síntese, que: (i) é apenas uma plataforma de tecnologia que intermedia passageiros e motoristas; (ii) é i legítima para figurar no polo passivo porquanto não há qualquer relação empregatícia com os motoristas; (iii) cabe ao Poder Público zelar pela segurança da sociedade civil, tratando-se, pois, de fato de terceiro/fortuito externo; (iv) a Apelada não comprovou a ocorrência de danos morais, e (v) a condenação foi fixada em valor exorbitante.

Requer, assim, o provimento do recurso para que seja reconhecida sua ilegitimidade de parte e, no mérito, pugna pela improcedência dos pedidos. Subsidiariamente, requer a moderação da verba indenizatória em respeito aos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

Recurso tempestivo, regularmente processado, com preparo às fls. 170/172 e repostas às fls. 176/181.

Por fim, merece registro a oposição ao julgamento virtual (fls. 188).

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização ajuizada por V.B.R. em face de U. do B.T.L., pretendendo a condenação da Ré ao pagamento de indenização no importe de R$ 500.000,00, sob a alegação de ter sofrido abalo moral em razão do estupro sofrido durante a viagem contratada.

Discorre que, em 22/11/2022, solicitou um veículo por meio da plataforma de serviços da Ré, sendo atendida por um dos seus motoristas. Alega, em

Acesso ao Sumário

breve síntese, que foi forçada a manter conjunção carnal com o motorista, sendo mantida amarrada e sob ameaça por aproximadamente uma hora.

Por fim, narrou que o motorista foi preso em flagrante, tendo sido encaminhada ao hospital, onde foi submetida a diversos exames, além da ingestão de vários medicamentos.

De proêmio, repilo a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela Agravante.

A matéria, em mais de uma oportunidade já tem sido objeto de manifestação jurisprudencial sobre o tema, valendo recordar- se aqui: "*Ilegitimidade passiva da corré U. do B.T.L. Não configuração. A correquerida é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda porque atua como responsável pela intermediação de passageiros e motoristas cadastrados em sua plataforma, devendo responder juntamente com os motoristas "parceiros" por eventual falha na prestação do serviço perante os usuários do aplicativo de transporte, nos termos dos artigos 7 º, parágrafo único, e 14, ambos, do CDC. Preliminar afastada"*. (TJSP; Apelação Cível nº 1029423-24.2018.8.26.0562; Relator(a): Helio Faria).

Outrossim, vale pontuar que a Apelada não contratou o motorista, mas sim, os serviços prestados pela Apelante, de modo que não há como acolher a tese de que os motoristas não possuem vínculos empregatícios com a mantenedora do aplicativo.

Ademais, é certa a incidência do Código de Defesa do Consumidor à espécie, posto que a Apelante possui predicados que a enquadra como fornecedora para fins legais-consumeristas, assim como a Apelada é destinatária final do serviço e, portanto, consumidora.

Nesse sentido vale repisar-se:

Ação de indenização por danos morais - Procedência parcial - Irresignação dos corréus - Preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela U. - Afastamento - ***Relação de consumo - Empresa ré que é parte legítima para figurar no polo passivo da ação, sendo responsável pelo defeito na prestação de serviço, independentemente da existência de vínculo empregatício com o motorista cadastrado na plataforma - Cadeia de Consumo - Falha na prestação de serviço caracterizada*** *- (...) Dano moral configurado - Demandante que faz jus à reparação deste dano - Situação vivenciada que não se traduz em mero aborrecimento - Juros de mora - Termo inicial de incidência a partir da citação, nos termos do art. 405 do CC e não do arbitramento, por se tratar de responsabilidade contratual - Verba honorária que deve incidir sobre o valor da condenação, o que deverá ser observado - Recursos dos réus improvidos, com observação.* (TJSP; Apelação Cível 1007585 -54 .2021.8.26.0001; Relator (a): Thiago de Siqueira; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Regio-

Acesso ao Sumário

nal I - Santana - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/08/2023; Data de Registro: 08/08/2023)

Rejeito, pois, a preliminar arguida.

Sem adentrar ao mérito da ação penal em curso, verifico que os fatos narrados são corroborados pelo boletim de ocorrência (fls. 21/26), laudos periciais (fls. 27/39) e, acima de tudo, a confissão espontânea registrada em defesa preliminar (fls. 40/44), segundo a qual descreve que "*O senhor E.C.D.H. em nenhum momento negou a pratica da infração penal perpetrada por ele, poupando a máquina estatal que despenderia inúmeros esforços na persecução penal.*"

Isto posto, sabe-se que a responsabilidade civil é independente da criminal (art. 935, CC), sendo que "*o ordenamento jurídico estabelece a relativa independência entre as jurisdições cível e penal, de tal modo que quem pretende ser ressarcido dos danos sofridos com a prática de um delito pode escolher, de duas, uma das opções: ajuizar a correspondente ação cível de indenização ou aguardar o desfecho da ação penal, para, então, liquidar ou executar o título judicial eventualmente constituído pela sentença penal condenatória transitada em julgado*" (Resp nº 1.802.170 - SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20/02/2020).

Conforme se vê, a Autora contratou os serviços da Ré com a finalidade de ser transportada até uma clínica de estética localizada no bairro do Tatuapé. No entanto, teve a viagem finalizada pelo motorista, o qual a amarrou com fita crepe e a levou ao Motel Orquídea, onde foi obrigada a manter relação sexual com o motorista.

Desse modo, indiscutível o direito da Autora em ver indenizado o sofrimento vivido, restando patente a configuração de ocorrências anormais e incomuns que ensejam a reparação extrapatrimonial.

É sabido que o dano moral deve ser sempre sedimentado em uma duplicidade de caráter, ou seja, compensação e punição. Compensação para minimizar o sofrimento da vítima, e punição para desmotivar o causador do dano a reincidir na sua prática.

No caso em tela, como bem pontuado na r. sentença, "*a autora foi covardemente agredida, amarrada, ameaçada, inclusive com uso de faca e, pior, forçada a manter conjunção carnal com o agressor durante longo período; situação mais do que revoltante e repugnante*", de modo que "*carregará para sempre sentimentos de impotência, revolta, medo, vergonha, angústia, não se olvidando dos abalos psicológicos.*"

Diante do exposto, nada há que se retocar na r. sentença proferida pelo culto, sábio e erudito Juiz Antonio Manssur Filho.

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

Deixo de majorar os honorários advocatícios porquanto já fixados no patamar máximo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013978-45.2022.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes RONALDO MAZA GRANDINETI e CRISTIANE GRANADO GRANDINETI, é apelado ASSOCIAÇÃO MOGIANA DE EDUCADORES S/S LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº: 55710 R)**

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

São Paulo, 4 de outubro de 2023.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO - Contrato de prestação de serviços escolares - Alegação de ilegitimidade do genitor que não anuiu ao contrato - Hipótese em que há obrigação solidária entre os genitores do aluno, decorrente dos deveres inerentes ao poder familiar - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça- Legitimidade extraordinária - Sentença de improcedência dos embargos mantida - Recurso não provido

VOTO

Trata-se de embargos à execução julgados improcedentes pela r.sentença de fls.90/92. Impôs aos embargantes o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da execução.

Não se conformando com os termos da r.sentença, os embargantes apresentaram apelação de fls.96/102, arguindo que a genitora não integrou o contrato de prestação de serviços educacionais, portanto não pode ser considerada como devedora solidária. Argumenta que os documentos foram firmados isoladamente pelo apelante genitor. Cita o artigo 265 do Código Civil e que, eventual obrigação solidária não alcança a contratação de instituição de ensino. Requer provimento ao recurso.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

O colégio apelado propôs ação de execução lastreada em contrato de prestação de serviços educacionais dos filhos dos executados, ora apelantes.

Os executados apresentaram os presentes embargos arguindo nulidade

Acesso ao Sumário

da execução em face da genitora dos menores, que não assinou o contrato de prestação de serviços educacionais.

Os embargos foram julgados improcedentes.

Em que pese o inconformismo dos apelantes, a r.sentença não comporta reforma.

De fato, a responsabilidade dos genitores é solidária frente aos débitos existentes junto à instituição de ensino, devendo-se observar o constante nos artigos 265 e 1.566, inc.IV, ambos do Código Civil e art. 226, §5º, da Constituição Federal.

A mencionada responsabilidade solidária decorre de lei, impondo aos genitores o ônus de colaborar para a manutenção da entidade familiar, bem como, por todo o serviço prestado em prol de seus filhos.

Nesse sentido, vale mencionar recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MENSALIDADES ESCOLARES. DÍVIDAS CONTRAÍDAS EM NOME DOS FILHOS DA EXECUTADA. AUSÊNCIA DE BENS EM NOME DA MÃE PARA A SATISFAÇÃO DO DÉBITO. PRETENSÃO DE INCLUSÃO DO PAI NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA DO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO PELO SUSTENTO E PELA MANUTENÇÃO DO MENOR MATRICULADO EM ENSINO REGULAR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ATRAÇÃO DO ENUNCIADO 284/STF. 1. Controvérsia em torno da possibilidade de, no curso de execução extrajudicial baseada em contrato de prestação de serviços educacionais firmados entre a escola e os filhos do recorrido, representados nos instrumentos contratuais apenas por sua mãe, diante da ausência de bens penhoráveis, ser redirecionada a pretensão de pagamento para o pai. 2. A legitimidade passiva ordinária para a execução é daquele que estiver nominado no título executivo. 3. Aqueles que se obrigam, por força da lei ou do contrato, solidariamente à satisfação de determinadas obrigações, apesar de não nominados no título, possuem legitimidade passiva extraordinária para a execução. 4. Nos arts. 1.643 e 1644 do Código Civil, o legislador reconheceu que, pelas obrigações contraídas para a manutenção da economia doméstica, e, assim, notadamente, em proveito da entidade familiar, o casal responderá solidariamente, podendo-se postular a excussão dos bens do legitimado ordinário e do coobrigado, extraordinariamente legitimado. 5. Estão abrangidas na locução "economia doméstica" as obrigações assumidas para a administração do lar e, pois, à satisfação das necessidades da família, no que se inserem as despesas educacionais. 6. Na forma do art. 592 do CPC/73, o patrimônio do coobrigado se sujeitará à solvência de débito que, apesar de contraído pessoalmente por ou-

Acesso ao Sumário

trem, está vocacionado para a satisfação das necessidades comuns/familiares. 7. Os pais, detentores do poder familiar, tem o dever de garantir o sustento e a educação dos filhos, compreendendo, aí, a manutenção do infante em ensino regular, pelo que deverão, solidariamente, responder pelas mensalidades da escola em que matriculado o filho. 8. Possibilidade, assim, de acolhimento do pedido de inclusão do genitor na relação jurídica processual, procedendo-se à prévia citação do pai para pagamento do débito, desenvolvendo-se, então, regularmente a ação executiva contra o coobrigado. 9. Doutrina acerca do tema. 10. RECURSO ESPECIAL EM PARTE CONHECIDO E PROVIDO." (REsp nº 1.472.316/SP Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO J. 05.12.2 017).

Neste contexto, ainda que a genitora dos alunos não tenha anuído ao contrato, sua inclusão no polo passivo da execução é admitida, em legitimidade extraordinária, tendo em vista a responsabilidade solidária mencionada, que decorre da obrigação assumida em prol do núcleo familiar.

Esse é o entendimento desta Egrégia Corte. Confira-se:

Agravo de instrumento - Execução - Contrato de prestação de serviços escolares - Mensalidades inadimplidas - Decisão que indeferiu a inclusão do genitor dos estudantes no polo passivo da demanda - Irresignação - Acolhimento - Solidariedade de ambos os pais na criação e educação de seus filhos - Legitimidade extraordinária do pai dos alunos, ainda que não conste como devedor no título executivo extrajudicial - Inteligência do artigo 229 da CF/88; artigos 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente; e artigos 1.634, inciso I, 1.643 e 1644, do Código Civil - Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça e desta C. Câmara julgadora - Agravo provido - Decisão reformada. (TJSP; Agravo de Instrumento 2180379-96.2023.8.26.0000; Relator (a): Ademir Benedito; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 8ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 29/08/2023; Data de Registro: 29/08/2023)

EMBARGOS À EXECUÇÃO. Serviços educacionais prestados ao filho do apelante. Alegação de que somente a genitora do menor figurou no contrato de prestação de serviços educacionais, ensejando a ilegitimidade do apelante. Impossibilidade de acolhimento da tese. O ordenamento jurídico vigente impõe a ambos os genitores a responsabilidade pela educação dos filhos. Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1007282-66.2023.8.26.0002; Relator (a): Spencer Almeida Ferreira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/07/2023; Data de Registro: 21/07/2023)

Sendo assim, a r.sentença de improcedência dos embargos deve ser mantida por seus jurídicos fundamentos.

Tendo em vista o insucesso do recurso, devem os honorários advocatícios

serem majorados, nos termos do artigo 85, § 11º do Código de Processo Civil, para 12% sobre o valor da execução.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007224-52.2022.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante SILMARA REGINA LIMA DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DAYCOVAL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47451)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente) e SIMÕES DE VERGUEIRO.

São Paulo, 11 de outubro de 2023.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Ação revisional - cédula de crédito bancário - inexistência de divergência entre a taxa de juros contratada e a efetivamente cobrada - Custo Efetivo Total (CET) - inclusão de tarifas, tributos, seguros e outras despesas cobradas do cliente - regularidade da cobrança de tarifa de cadastro e serviços de terceiros devidamente comprovados - ação julgada improcedente - sentença mantida - recurso improvido.

VOTO

Vistos, etc...

Trata-se de ação movida por **SILMARA REGINA LIMA DE OLIVEIRA** contra **BANCO DAYCOVAL S/A** buscando a revisão de contrato bancário celebrado entre as partes. Ao relatório de fls. 200, acrescenta-se que a ação foi julgada improcedente. Apelou a autora, sustentando a abusividade da cobrança de tarifas e de taxas de juros diversa da contratada. Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que, quanto à cobrança de juros, inexiste divergência entre a taxa contratada e a efetivamente cobrada.

O Custo Efetivo Total (CET) inclui todos os encargos e despesas das ope-

Acesso ao Sumário

rações, isto é, engloba não apenas a taxa de juros, mas também tarifas, tributos, seguros e outras despesas cobradas do cliente, representando as condições vigentes na data do cálculo, o que explica a diferença apontada pela apelante.

Com efeito, segundo informação extraída do site do Banco Central do Brasil (bcb.gov.br), o Custo Efetivo Total (CET) ***"deve ser expresso na forma de taxa percentual anual, incluindo todos os encargos e despesas das operações, isto é, o CET deve englobar não apenas a taxa de juros, mas também tarifas, tributos, seguros e outras despesas cobradas do cliente, representando as condições vigentes na data do cálculo.***

No que tange à cobrança das tarifas bancárias, é de se observar o julgamento dos recursos especiais representativos de controvérsia repetitiva nºs 1.639.259, 1.639.320, 1.578.553, 1.251.331 e 1.255.573, onde ficaram consolidadas as seguintes teses, sob os efeitos do art. 1.036 do Código de Processo Civil:

Tema 972 - REsps 1639259-SP e 1639320-SP:

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

3 - A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora".

Tema 958 - REsp 1578553-SP:

"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

Acesso ao Sumário

concreto".

REsp nº 1.251.331 e 1.255.573:

"- 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.

- 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira".

Nesse trilho, tendo sido o contrato ora em exame firmado em 27/12/2018, deve ser considerada válida a cobrança da tarifa de cadastro, não constando dos autos que esta não tenha sido a primeira avença havida entre as partes, sem qualquer evidência de abusividade do valor cobrado.

Concernentemente à tarifa de registro de contrato, cobrada a título de serviço de terceiros, o réu juntou aos autos o documento do veículo (fls. 75), o qual contém a anotação da alienação fiduciária junto ao órgão de trânsito, o que demonstra, por via de consequência, que o serviço foi efetivamente prestado, tornando legítima a cobrança.

Destarte, é de rigor a não acolhida das razões recursais, ficando os honorários advocatícios ora majorados para ora fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, observada a gratuidade.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000875-57.2023.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante BANCO INTER S/A, é apelado PRISCILA FERREIRA ALBUQUERQUE ME LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, na parte conhecida, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47494)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores. IRINEU FAVA

Acesso ao Sumário

(Presidente) e AFONSO BRÁZ

São Paulo, 16 de outubro de 2023.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Declaratória c.c. indenização - Transferência via PIX não reconhecida pela correntista- Falha no sistema de segurança da instituição financeira, que não acionou o bloqueio preventivo da transação - Responsabilidade objetiva - Aplicação da teoria do risco - Restituição determinada - Decisão correta - Discussão sobre dano moral - Ausência de interesse recursal - Recurso improvido, na parte conhecida.

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 336/339, que julgou parcialmente procedente a ação declaratória c.c. indenização que PRISCILA FERREIRA ALBUQUERQUE ME LTDA. dirigiu contra BANCO INTER S/A.

O réu nega a falha na prestação do serviço e insiste na culpa exclusiva da vítima, apontando que a transação foi realizada com uso de dados pessoais e senha. Pugna pela rejeição do pedido de restituição de valores e diz ser incabível a fixação de indenização por dano moral. Busca a reforma do *decisum*.

Após contrariedade, subiram os autos.

Esse é o relatório.

O quadro dos autos foi corretamente analisado em Primeiro Grau, não se vislumbrando nenhum desacerto que mereça alteração por este Egrégio Tribunal de Justiça, valendo o destaque:

"*Compulsando os autos, nota-se que o consumidor nega a realização do PIX no valor indicado na inicial e segundo o autor teria sido induzido a erro quando recebeu um SMS que orientava como deveria proceder para atualizar o aplicativo e após digitá-lo houve a fraude com o indevido saque de valores que foram depositados em conta de terceira pessoa.*

Inclusive, restou incontroverso que a própria instituição financeira ao perceber a fraude telefonou ao autor para confirmar se realmente as transações bancárias realizadas foram executadas pelo correntista, quando então notou-se a referida movimentação fraudulenta.

Decerto, em algumas hipóteses correntistas ludibriados acabam facilitando a prática da fraude, mas no caso vertente, nota-se que o aplicativo foi atualizado após o correntista receber a informação no SMS 28432 no qual havia a orientação para que fosse digitado o código 189298 e mais tarde no mesmo SMS 28432 foi confirmado o protocolo sobre a impugnação à transferência por meio de PIX da quantia de R$ 42.000,00.

Acesso ao Sumário

Diante disso, a instituição financeira não pode se isentar da responsabilidade pelo indevido saque imputando a responsabilidade ao correntista, à instituição financeira diversa ou a terceiro, pois nítida a existência de fortuito interno decorrente da própria atividade desenvolvida pelo réu."

Como visto, a fraude ocorreu quando a autora acessava o aplicativo do Banco por meio de seu computador, após regulares transações que exigiam a digitação de códigos recebidos via celular (SMS) para validação, restando evidente a falha no sistema de segurança do réu.

A questão, inclusive, vem sendo debatida amplamente pela jurisprudência, tanto que recentemente foi editado o Enunciado nº 14 da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal, consolidando o seguinte entendimento:

"Na utilização do PIX, havendo prática de delito ou fraude por terceiros, em caso de fortuito interno, a instituição financeira responde pelas indenizações por danos materiais e morais quando evidenciada a falha na prestação de serviços, falhas na segurança, bem como desrespeito ao perfil do correntista aplicáveis as Súmulas nº 297 e 479, bem como a tese relativa ao tema repetitivo nº 466, todas do STJ."

Esse é exatamente o caso dos autos, valendo anotar que, inclusive, o réu percebeu a fraude, tanto que entrou em contato com a autora para confirmação da transação, fato não contestado expressamente nos autos.

Ainda, confirmando a versão da autora, no sentido de que recebeu a ligação da central e negou a transação, observa-se que houve a devolução de R$ 2,00 à conta, quando o correto seria R$ 42.000,00.

Evidente, portanto, a falha na prestação do serviço do Banco, valendo anotar que se trata de responsabilidade objetiva e, ainda, aplicável ao caso a teoria do risco profissional.

Nesse sentido o RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.782 - PR (2010/0119382-8), submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC/73:

> ***"4. Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a questão, tratando-se de consumidor direto ou por equiparação, a responsabilidade da instituição financeira por fraudes praticadas por terceiros, das quais resultam danos aos consumidores, é objetiva e somente pode ser afastada pelas excludentes previstas no CDC, como, por exemplo, "culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros".***
>
> ***As instituições bancárias, em situações como a abertura de conta-corrente por falsários, clonagem de cartão de crédito, roubo de cofre de segurança ou violação de sistema de computador por rackers, no mais das vezes, aduzem a excludente da culpa exclusiva de terceiros, sobretudo quando as fraudes praticadas são reconhecidamente sofisticadas.***
>
> ***Ocorre que a culpa exclusiva de terceiros apta a elidir a responsabilidade objetiva do fornecedor é espécie do gênero fortuito externo, assim entendido aquele fato que não guarda relação de causalidade***

Acesso ao Sumário

com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 185).

(...)

Na mesma linha vem entendendo a jurisprudência desta Corte, dando conta de que a ocorrência de fraudes ou delitos contra o sistema bancário, dos quais resultam danos a terceiros ou a correntistas, insere-se na categoria doutrinária de fortuito interno, porquanto fazem parte do próprio risco do empreendimento e, por isso mesmo, previsíveis e, no mais das vezes, evitáveis.

O raciocínio tem sido o mesmo para casos em que envolvem roubo de cofre, abertura de conta-corrente ou liberação de empréstimo mediante utilização de documentos falsos, ou, ainda, saques indevidos realizados por terceiros. (...)

6. Portanto, para efeitos do que prevê o art. 543-C do CPC, encaminho a seguinte tese:

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."

No mesmo sentido, observa-se a Súmula 479 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: ***"As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias"***.

Ainda, sobre o tema, confira-se a jurisprudência deste E. Tribunal:

"APELAÇÕES. Ação declaratória de inexistência de débito. Sentença de procedência. Inconformismo das partes. Contratação de empréstimos bancários seguida por transferências via PIX logo após o roubo do celular do autor, que continha aplicativos para movimentação bancária. Empréstimos concretizados nas primeiras duas horas após o assalto do dispositivo móvel. Correntista comunicou o roubo de seu celular às instituições financeiras com quem mantinha relacionamento. Denunciação da lide ao beneficiário das transferências. Vedação expressa pelo art. 88 do CDC. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da Súmula nº 297, do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Inversão do ônus da prova. Falha de segurança interna do banco, que não identificou e nem bloqueou as contas diante de transações bancárias fora do padrão do correntista. Prestação de serviços deficitária. Responsabilidade objetiva da instituição financeira, nos termos da Súmula no 479 do C. Superior Tribunal de Justiça. Cancelamento dos empréstimos bancários e devolução dos valores desviados que se impõe. Honorários advocatícios que devem ser fixados sobre o valor do proveito

Acesso ao Sumário

econômico, a fim de atender o estabelecido pelo artigo 85, §2º, do CPC. Sentença parcialmente reformada. Recurso do autor provido. Recursos dos requeridos desprovidos." (TJSP; Apelação Cível 1004059-76.2021.8.26.0099; Relator (a): Régis Rodrigues Bonvicino; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bragança Paulista - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/04/2022; Data de Registro: 07/04/2022)

"RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R. SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA IMPROCEDENTE AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO, C.C. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO, COM PEDIDO DE REFORMA - INDEVIDA MOVIMENTAÇÃO DE CONTA CORRENTE POR TERCEIRA PESSOA, O QUE SE DEU POR MEIO DE APLICATIVO DE CELULAR QUE FOI ROUBADO DO AUTOR - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIROS QUE OBTIVERAM NÃO SÓ ACESSO AO APLICATIVO INSTALADO NO CELULAR DO DEMANDANTE, COMO ÊXITO NA TENTATIVA DE REALIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMO EM NOME DO DEMANDANTE - RESPONSABILIDADE DO BANCO DEMANDADO, DIANTE DA FALHA DE SEU SISTEMA DE SEGURANÇA - SITUAÇÃO QUE EVIDENCIA A INSEGURANÇA, DESCONFORTO, ASSIM COMO EFETIVA VIOLAÇÃO DE INFORMAÇÕES SIGILOSA DO CONSUMIDOR, O QUE SE DEU PELOS SERVIÇOS PRESTADOS SEM ADEQUADO MONITORAMENTO, POIS NÃO ATENDERAM AS EXPECTATIVAS NECESSÁRIAS AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO CONTRATUAL ASSUMIDA - QUEBRA DE CONFIANÇA NO RELACIONAMENTO - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO QUE SE MOSTRA DE RIGOR - PRECEDENTES NESSE SENTIDO - REFORMA DO ENTENDIMENTO DO JUÍZO - DANO MORAL PRESENTE - COMPENSAÇÃO MORAL FIXADA EM R$ 10.000,00, COM EFETIVO REFLEXO NA SUCUMBÊNCIA - MODIFICAÇÃO DOS LIMITES DO ENTENDIMENTO DE 1º GRAU - RECURSO PROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1062547-58.2020.8.26.0002; Relator (a): Simões de Vergueiro; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/03/2022; Data de Registro: 30/03/2022)

Com isso, irretocável se mostra a r. sentença, ao determinar a restituição de valores, não havendo interesse recursal do apelante quanto ao tema indenização por dano moral.

Pelo exposto, na parte conhecida, nega-se provimento ao recurso, com majoração dos honorários advocatícios devidos pelo réu ao patrono do autor para 15%, nos termos do art. 85, §§ 1º e 11 do CPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012437-57.2022.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante P.I.I. DE P.S.A., é apelado I.U.S.A.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o advogado Bruno Armene", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.278)**

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

São Paulo, 16 de outubro de 2023.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Ementa: AÇÃO DE REGRESSO - Banco autor alega que foi condenado judicialmente a ressarcir cliente que teria sido vítima de fraude praticada por terceiros - Pretensão de atribuir à empresa ré a responsabilidade pelo prejuízo suportado - Sentença que julgou procedente o pedido - Pretensão da ré de reforma. INADMISSIBILIDADE: A conduta dolosa do terceiro efetivamente favorecido é incapaz de excluir a responsabilização da empresa ré, que, ao flexibilizar as exigências para cadastro em suas plataformas, tem permitido que usuários mal-intencionados criem "contas fantasma" dificultando a identificação do real causador do prejuízo. Desatendimento das formalidades previstas na Resolução Bacen 2.025/93. Além disso, a empresa promove a antecipação do pagamento aos usuários, o que impede a intervenção das instituições financeiras a tempo de evitar a consumação da fraude. Responsabilização que se impõe. Sentença mantida.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Pretensão de fixação em percentual sobre o valor da condenação. ADMISSIBILIDADE: Necessária alteração do critério de fixação dos honorários sucumbenciais para adequação da questão pacificada pelo C. STJ nos Recursos Repetitivos nºs 1850512/SP, 1877883/SP, 1906623/SP e 1906618/SP (Tema 1076 do E.STJ). Reconhecimento de que a apreciação equitativa é res-

Acesso ao Sumário

trita às hipóteses do art. 85, § 8º do CPC. Sentença reformada neste ponto.
RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls.271/276, cujo relatório se adota, que julgou procedente o pedido formulado na ação de regresso movida por I.U.S.A. contra a P.I.S.A., para condenar a ré ao pagamento da quantia de R$17.436,00. Em razão da sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das custas, das despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em R$5.000,00, nos termos do art. 85 e parágrafos do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, a ré alega que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação. Sustenta que não tem qualquer responsabilidade por eventuais danos suportados pelo apelado, no processo em que ele foi condenado a ressarcir cliente que teria sido vítima de fraude praticada por terceiros. Ressalta que o autor pode obter o ressarcimento dos danos diretamente dos fraudadores. Afirma que é uma credenciadora/intermediadora de pagamentos feitos com cartões de crédito e de débito. Pleiteia o provimento do recurso para reforma da r. sentença, com a inversão dos ônus sucumbenciais (fls.279/294).

O autor apresentou contrarrazões a fls.300/315.

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

A preliminar de ilegitimidade passiva se confunde com o mérito e com ele será apreciada.

Trata a questão de ação de regresso em que o autor afirma que foi condenado no processo nº (...) a ressarcir cliente, que teria sido vítima de fraude praticada por terceiros. Discorre sobre a responsabilidade objetiva da empresa ré, que é uma intermediadora de pagamentos feitos com cartões de crédito e de débito.

É cediço que, por meio da empresa ré, o usuário (comprador ou vendedor) pode fazer ou receber pagamentos. A empresa se consolidou no mercado afirmando trazer soluções de pagamento para compras pela internet, permitindo que lojas virtuais e prestadores de serviços recebam pagamentos de forma segura e fácil.

Acontece que a ré tem permitido o cadastro de usuários de forma descomplicada e pouco criteriosa, oferecendo, assim, espaço para uma disseminação alarmante de golpes que se valem de seus serviços, comprometendo a segurança e confiabilidade do sistema de pagamentos.

Diante disso, ainda que inegável a presença de conduta dolosa do terceiro

Acesso ao Sumário

efetivamente favorecido, não há como se afastar a responsabilidade da ré. Isso porque a flexibilidade no cadastro para utilização dos serviços oferecidos por ela tem permitido o acesso de indivíduos mal-intencionados, os quais criam "contas fantasma", dificultando a identificação do real causador do prejuízo e impondo tanto aos consumidores quanto às instituições financeiras a responsabilidade pelos danos sofridos.

É importante ressaltar que a Resolução Bacen 2.025/93 estabelece uma série de formalidades necessárias para a abertura de contas. A ré, contudo, não demonstrou ter cumprido tais exigências, as quais possibilitariam a identificação e responsabilização das pessoas envolvidas nas práticas criminosas.

Ademais, a ré não apenas facilita o acesso indiscriminado às máquinas de cartão, mas também antecipa os pagamentos aos seus usuários, deixando de se valer da prerrogativa do "*chargeback*". Essa antecipação impede que o banco, muitas vezes responsável por cobrir eventuais prejuízos das vítimas, possa intervir e evitar o golpe.

Assim, a combinação da falta de rigor no cadastro com a antecipação dos pagamentos oferece um terreno propício para ações fraudulentas, culminando em prejuízos consideráveis para as vítimas e, por consequência, para as instituições bancárias que são compelidas a ressarcir os danos. É notável a atual disseminação de golpes envolvendo os serviços fornecidos pela ré. Esse é um dos fundamentos dentre aqueles que ensejaram a mudança de entendimento deste relator sobre a matéria.

Nesse sentido tem decidido este C. Tribunal de Justiça:

Apelação - Ação regressiva - Propositura por instituição financeira em face da plataforma P. - Banco autor responsabilizado solidariamente com a parceira, A., e a ré em ação indenizatória antecedente, proposta por cliente da segunda, que satisfez parcelas atrasadas de contrato de financiamento, mediante boleto emitido pelo sistema da plataforma ré - Sentença de rejeição do pedido - Preliminar suscitada em contrarrazões sem consistência - Vedação à inovação recursal se limitando a questões de fato (CPC, art. 1.014) - Irresignação parcialmente procedente. 1. Plataforma ré cuja proposta é a de conferir segurança a ambos os participantes das relações cujos pagamentos são por ela intermediados. Assim é que aquele que adquire produtos ou serviços por intermédio da P. o faz, nos termos da propaganda, na convicção de que o valor do pagamento só será liberado em proveito do sedizente credor desde que este comprove a realização da contraprestação a seu cargo. Situação dos autos em que, realizado o pagamento do boleto fraudado por meio daquela plataforma, a liberação do dinheiro em favor do delinquente se fez sem nenhuma comprovação da prestação dos serviços ou outro tipo de cuidado. <u>Como se não bastasse, a mesma (...) agiu com negligência</u>

Acesso ao Sumário

indesculpável, ao permitir que o estelionatário abrisse uma conta de depósito naquela plataforma de serviços, sem o cumprimento das formalidades exigidas pela Resolução Bacen 2.025/93. 2. Bem é de ver a responsabilização solidária dos fornecedores litigantes frente ao consumidor, na sentença do processo antecedente, já que as falhas de serviço de ambos representaram ingrediente fundamental para o êxito da fraude perpetrada pelo terceiro. Corresponsabilização essa ensejando, no âmbito interno da relação entre os devedores solidários, a aplicação da regra do art. 283 do CC, que assegura ao que satisfaz integralmente a dívida o direito de exigir a cota-parte de responsabilidade dos demais. Hipótese dos autos em que cabe, portanto, a responsabilização de cada litigante por ½ do valor global pago a título de indenização ao consumidor, até mesmo porque o banco autor e a respectiva parceira A. atuaram em conjunto, desempenhando um único papel no episódio. 3. Consequente proclamação da procedência parcial desta ação de regresso, para condenar a ré a pagar ao autor a importância de R$ 3.906,43, isto é, a diferença entre a somatória dos valores pagos ao consumidor e a parte por ela já satisfeita. Responsabilidade pelas verbas da sucumbência repartida em proporção. Afastaram a preliminar e deram parcial provimento à apelação. (TJSP; Apelação Cível 1042602-14.2022.8.26.0100; Relator (a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 25ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/07/2023; Data de Registro: 12/07/2023)

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

Nesse cenário, nos termos da fundamentação adotada pelo MM. Juiz sentenciante de primeiro grau, verifica-se que a conduta dolosa do terceiro efetivamente favorecido não tem o condão de, por si só, afastar a responsabilização da empresa ré que, por sua conduta negligente, fez de seus sistemas terreno fértil para prática de atos ilícitos.

Por outro lado, assiste razão à ré quanto ao pedido de modificação da forma de fixação dos honorários advocatícios.

O C. Superior Tribunal de Justiça, em procedimento de recursos repetitivos nos termos do art. 1.040 do CPC, no REsp 1850512 / SP, decidiu que:

"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

Acesso ao Sumário

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.

(...) 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 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. 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, §§ 3º, 4º, 5º 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". (REsp n. 1.850.512/SP, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 16/3/2022, DJe de 31/5/2022.).

Importante ressaltar o disposto na tese fixada pelo C. STJ no referido Tema 1076, que definiu o alcance da norma prevista no § 8º do art. 85 do CPC, nas causas em que o valor da causa ou da condenação ou do proveito econômico da demanda forem elevados.

A Egrégia Corte Superior decidiu pela inviabilidade da fixação de honorários de sucumbência por apreciação equitativa, quando o valor da condenação ou do proveito econômico for elevado, de modo que nesse caso devem ser observados os percentuais previstos nos parágrafos 2º e 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil. Admite-se apenas o arbitramento por equidade quando, havendo ou não condenação, o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório, ou o valor da causa for muito baixo, o que não é o caso dos autos.

In casu, o proveito econômico é expressivo, motivo pelo qual o critério que deve ser utilizado é o de fixação por percentuais entre 10% e 20% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º do CPC.

Levando-se em consideração o princípio da razoabilidade e a natureza da

Acesso ao Sumário

causa, os honorários advocatícios devem ser fixados em 12% sobre o valor da condenação, com fundamento no parágrafo 2º do artigo 85 do CPC.

Assim, a r. sentença deve ser parcialmente reformada.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso somente para fixar os honorários advocatícios devidos pela parte ré em favor dos patronos da parte autora em 12% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, §2º do CPC. No mais, a r. sentença fica mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1028503-05.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MAROPAR IMÓVEIS LTDA., é apelado 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. Compareceu para sustentar oralmente a Dra. Rafaela Rodrigues de Abreu.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.852)**

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

São Paulo, 8 de novembro de 2023.

LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS - Sentença de improcedência - Insurgência da autora - Compra no cartão não reconhecida pela autora - Relação de consumo - Responsabilidade civil de ordem objetiva da ré - Requisitos essenciais não verificados - Autora que não se desincumbiu do ônus da prova - Ausência de demonstração de fato constitutivo do direito almejado - Inteligência do artigo 373, I, Código de Processo Civil - Inexistência de defeito na prestação de serviços pela instituição requerida - Culpa exclusiva da autora e de terceiros pelos dissabores narrados - Excludente de responsabilidade configurada - Nexo causal rompido - Sentença de improcedência mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Acesso ao Sumário

A r. sentença de fls. 176/181, cujo relatório é adotado, julgou improcedente a ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com repetição de indébito e indenização por danos morais proposta por *Maropar Imóveis Ltda.* contra o *Itaú Unibanco S.A*, por entender que não restou comprovado o nexo causal entre a conduta criminosa de terceiros e a requerida, assim, ausente a responsabilidade objetiva da ré.

A autora apela (fls. 193/214). Afirma que foi vítima de golpe perpetuado por terceiro.

Aduz que houve falha na prestação de serviços pela instituição bancária, vez que contatada sobre a situação não tomou as providências cabíveis, bem como não fiscalizou a incompatibilidade das transações realizadas com as transações habituais da apelante.

Pugna pela inversão do julgado, a fim de que a ação seja julgada procedente.

O recurso foi processado com resposta (fls. 220/226).

Houve oposição ao julgamento virtual (fl. 230).

É o relatório.

Trata-se de ação na qual a autora afirma que após o extravio de cartão magnético foram realizadas operações que desconhece.

Explica que após receber a fatura do cartão de crédito contestou as compras lançadas, mas não obteve resolução pela via administrativa.

Persegue, assim, a restituição dos valores resultantes da compra fraudulenta e o recebimento de indenização por dano moral.

De acordo com a Súmula nº 297 do E. Superior Tribunal de Justiça: "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*".

Dessa forma, o caso deve ser solucionado à luz do Código de Defesa do Consumidor, notadamente em razão da vulnerabilidade técnica e informacional da parte autora, perante a instituição financeira, que implica na inversão do ônus probatório (art. 6º, VIII, do CDC), entretanto, a responsabilização do fornecedor/prestador de serviço não se dá de forma automática como pretende a apelante.

Acesso ao Sumário

Sabe-se que o dever de reparar os danos causados ao consumidor independe da existência de culpa do fornecedor do serviço, só havendo exclusão da responsabilidade se comprovada a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor e ou de terceiros, conforme disposto nos incisos I e II, § 3º, do art. 14, do CDC.

Cabe à parte prejudicada demonstrar o preenchimento dos requisitos essenciais da responsabilidade civil de ordem objetiva, ou seja, a ocorrência de um dano, a conduta ilícita do agente e o nexo de causalidade entre ambos, sendo que no caso em tela esses requisitos não foram preenchidos.

Nesse contexto, cumpre esclarecer que não há como ser confundido in-

versão do ônus da prova com distribuição do ônus da prova. O Código de Defesa do Consumidor, notadamente a disposição expressa no artigo 6º, VIII, não ab-rogou as regras ditadas no Código de Processo Civil, relativamente ao ônus da prova no que tange à demonstração do fato constitutivo do seu direito (artigo 373, I, CPC), encargo esse que se acomete à autora e do qual não se desincumbiu.

Em que pese a responsabilidade objetiva do réu, o fato é que na gravação juntada pela instituição bancária ficou demonstrada a demora para contatar o banco após o extravio do cartão.

No mais, cabia à autora demonstrar as circunstâncias de extravio do cartão e algum fato que pudesse justificar a inversão do ônus da prova quanto a utilização de senha para realização das compras efetuadas.

Na presente hipótese, verifica-se que a parte autora tão somente relatou da fraude praticada por terceiro, sem indicação de fatos imputáveis ao banco.

Inclusive no caso em concreto, a sentença bem fundamentou:

O fato tido por certo, todavia, não se basta ao acolhimento da pretensão indenizatória, pois que não se confunde com a existência de defeito do serviço disponibilizado pelo requerido.

Dos fatos narrados pelas partes não vislumbro existência de defeito dos serviços disponibilizados pelo requerido.

Ora, a operação impugnada, para ser realizada presencialmente, necessita do cartão magnético com chip da autora e do uso de senha, sem os quais não é possível realizá-la.

Assim, diante do golpe narrado, ainda que perpetradas por terceiros a operação, certo é o acesso daqueles ao cartão e senha da demandante, circunstância que, a meu ver, ordinariamente exime de responsabilidade os entes bancários quanto a isso.

E de fato é pressuposto da operação impugnada, o que decorre da própria narrativa da autora, que terceira pessoa, talvez até um preposto, tenha se apropriado do cartão magnético e da senha guardados no estabelecimento da autora, utilizados na operação impugnada.

Ora, é o cliente o guardião da senha e dos demais elementos de segurança, de uso pessoal e intransferível.

(...)

Trata-se de fato extrínseco ao serviço prestado pela instituição financeira, não caracterizando fortuito interno.

Assim, não se vislumbra a ocorrência de falha na segurança dos serviços disponibilizados pelo requerido, que absolutamente nada poderia fazer para impedir o resultado danoso, ao menos até ser comunicado do ocorrido pela autora.

Constata-se, pois, logicamente, a culpa exclusiva de terceiros, cri-

minosos, que, dolosamente, auferiram injusta vantagem econômica, em prejuízo da vítima.

Também não há se falar no desrespeito ao perfil da autora: a operação impugnada é única e, disponível o cartão de crédito, natural que seja esperada a realização, mais cedo ou mais tarde, de seu uso.

Diante disto, não se constata, dos fatos expostos na petição inicial, falha na segurança dos serviços prestados pelo requerido, pois a operação decorreu do uso do cartão magnético e senha pessoal da autora.

Desta forma, nenhum reparo merece a r. sentença que deve ser mantida nos termos do art. 252, do RITJSP.

Por força da sucumbência recursal, nos termos do §11 do art. 85 do NCPC, majora-se para 15% sobre o valor atualizado da causa a verba honorária fixada em favor do patrono do réu, observada a gratuidade da justiça deferida ao autor.

Pelo exposto, voto pelo IMPROVIMENTO do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1101320-43.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HDI GLOBAL SEGUROS S/A, é apelado BONSUCESSO LOG PARK EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S/A.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentaram oralmente os(as) advogados(as) Daiana da Silva Monteiro OAB/SP 340.696 e Marcelo Galiciano Nunes OAB/SP 180.595.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.108)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ELÓI ESTEVÃO TROLY (Presidente), JAIRO BRAZIL e ACHILE ALESINA.

São Paulo, 9 de novembro de 2023.

ELÓI ESTEVÃO TROLY, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Ação indenizatória. Sentença de procedência. Recurso da ré.

1. Pronunciamento *extra petita*. Inocorrência. Pedido de ressarcimento de despesas (decorrentes de transporte e salvamento das mercadorias danificadas) que consta expressamente da petição inicial.

2. Pretensão de limitar a indenização securitária baseada em suposto agravamento de risco, com fundamento na demora de fechamento de *sprinkler*.

Inadmissibilidade. Ausência de prova de que houve deliberada conduta do preposto da autora para manter a válvula aberta para comprometer os produtos armazenados. Inaplicabilidade do art. 768 do CC.
3. Afirmação de que cobertura do sinistro tenha sido prejudicada pela conduta da própria autora, que deixou de entregar os documentos imprescindíveis para aferir os prejuízos. Inocorrência. Elementos nos autos demonstram a realização de diversas vistorias, com amplo acesso do Regulador do Sinistro ao equipamento para que fossem apuradas as causas do acidente e calculados os prejuízos.
4. Extensão do dano. Laudo pericial que conclui que todas as mercadorias, listadas na nota fiscal nº 66.658, devem ser consideradas como salvados pela seguradora, tendo em vista a ausência de garantia de que estes equipamentos não oferecerão riscos aos usuários (consumidor final). Demais despesas, decorrentes de reposição de caixas e papelão, reembalagem de produtos, manejo e separação das mercadorias avariadas, perícia do equipamento que causou o acidente, despesas com a guarda, transporte e armazenamento das mercadorias sinistradas que devem ser ressarcidas.
5. Litigância de má-fé. Inocorrência. Constatado mero exercício constitucional do direito de defesa (artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal).
6. Sentença mantida, com majoração de honorários advocatícios nesta fase recursal. Recurso desprovido.

VOTO

A autora **BONSUCESSO LOG PARK EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A.** relata que atua na locação de bens imóveis próprios e contratou da ré **HDI GLOBAL SEGUROS S.A.** o seguro do ramo responsabilidade geral, representado pela apólice 03.003.151.000739, com vigência no período de 13.04.2017 a 13.04.2018.

O contrato de seguro firmado entre as partes previa como limite máximo de indenização a quantia de R$ 5.000.000,00 (cinco milhões), e franquia contratual no percentual de 10% (dez por cento) do prejuízo com o valor mínimo de R$ 3.000,00 (três mil reais).

Em 25.05.2017, a autora celebrou com a empresa FLATEL LOGÍSTICA,

Acesso ao Sumário

ARMAZENAGEM E TRANSPORTES LTDA ("Flatel") a locação do galpão nº 31, esclarecendo que esta locatária atua com o armazenamento e transporte de mercadorias de terceiros, dentre os quais as empresas ELSYS EQUIPAMENTOS ELETROS ELETRÔNICOS LTDA ("Elsys") e SPIRALOCK DO BRASIL LTDA ("Spiralock").

Em 15.10.2017, ocorreu o acionamento de um dos *sprinklers* instalado no referido galpão e, em razão do derramamento de água, as mercadorias que estavam sob a guarda da Flatel, pertencentes a Elsys e Spiralock, ficaram danificadas.

A Spiralock informou a perda total em todas as mercadorias, enquanto a Elsys informou que os danos se limitaram à troca de embalagens de suas mercadorias.

Após a ocorrência do sinistro, a parte autora comunicou a seguradora para a regulação do sinistro, contudo, não houve o pagamento da indenização securitária devida.

Pleiteou-se a condenação da seguradora no pagamento da quantia de (i) R$ 683.935,87 (seiscentos e oitenta e três mil novecentos e trinta e cinco reais e oitenta e sete centavos) referente a mercadoria avariada, descontado 10% (dez por cento) da franquia contratual; (ii) R$ 21.453,85 (vinte e um mil quatrocentos e cinquenta e três reais e oitenta e cinco centavos), referente a compra de 1.200 (um mil e duzentos) caixas de papelão para a nova embalagem das antenas parabólicas que tiveram sua embalagem danificada, descontada a franquia contratual; (iii) R$ 40.665,67 (quarenta mil seiscentos e sessenta e cinco reais e sessenta e sete centavos) referente ao manejo e separação das mercadorias; (iv) R$ 4.000,00 (quatro mil reais) que despendeu com o pagamento da perícia realizada nos *sprinkles*.

Houve deferimento parcial da tutela de urgência requerida pela autora para: "a*) autoriza-la a realizar o acordo parcial com as vítimas do acidente (SIPRALOCK e FLATEL), até o limite de R$ 120.000,00; b) intimar a ré para que providencie, no prazo de 5 dias, o transporte das cargas sinistradas que eram armazenadas pela FLATEL para um outro galpão a ser identificado pela autora, liberando ao operador logístico o espaço que hoje é ocupado pelos produtos sinistrados, sob pena de arcar com as despesas do transporte a ser realizado diretamente pela autora*" (fls. 516/517)

Nesse ponto, a autora afirma que o acordo com as vítimas do sinistro não se concretizou, tendo as cargas sinistradas sido transportadas para outro galpão de propriedade da empresa autora (fl. 787).

Após a apresentação de contestação (fls. 544/574) e réplica (fls. 789/812), proferiu-se decisão saneadora, com determinação de perícia técnica (fl. 840).

As partes se manifestaram, indicaram seus respectivos assistentes técnicos e formularam quesitos (fls.846/848 e fls.849/852).

Acesso ao Sumário

Em setembro de 2019, a autora recebeu uma proposta comercial para locação do galpão nº 29, onde as mercadorias sinistradas encontravam-se armazenadas aguardando a realização de perícia, de modo que foi pleiteada autorização para a transferência da carga sinistrada para um novo espaço a ser alugado pela própria autora (fls. 874/898), o que foi autorizado a fls. 903.

Laudo pericial a fls. 942/988.

Manifestação da parte autora sobre o laudo (fl. 995/1005).

Decorreu prazo para manifestação da ré sobre o laudo.

Sobreveio a r. **sentença que julgou procedente ação de indenização**, condenando a ré ao pagamento de indenização securitária, além de outras despesas referentes ao sinistro (reposição de caixas de papelão, reembalagem de produtos, despesas com manejo e separação das mercadorias avariadas, ressarcimento da perícia do equipamento que causou o acidente, e da integralidade das despesas da ré com a guarda, transporte e armazenamento das mercadorias sinistradas), bem como o pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre a condenação **(fls. 1151/1156).**

A seguradora ré, ora apelante, pleiteia: **(a)** reconhecimento de pronunciamento *extra petita*, pois não pleiteada na petição inicial qualquer indenização por despesas referentes ao armazenamento das mercadorias sinistradas; **(b)** no mérito, aduz que deve ser julgada improcedente a demanda, tendo em vista que a cobertura do sinistro foi prejudicada pela ausência de entrega dos documentos imprescindíveis para aferir os prejuízos; houve agravamento do risco em razão da demora no fechamento da válvula sprinkler, que ficou acionada por mais de 01 (uma) hora; não há prova efetiva dos prejuízos, descabendo indenização com base nas notas fiscais, pois nem todo o lote de produtos foi danificado; não pode ser obrigada a ressarcir todas as "despesas com guarda, transporte e armazenamento" de tais bens; **(c)** subsidiariamente, postulou a limitação da indenização ao valor apurado na regulação do sinistro, no montante de R$ 334.039,51 (fls. 1068/1083).

Contrarrazões a fls. 1089/1121.

O feito foi distribuído à 26ª Câmara de Direito Privado, que não conheceu do recurso e determinou remessa dos autos a uma das Câmaras da II Subseção de Direito Privado (fls.1130/1134).

Suscitado o conflito de competência (fls. 1144/1147), foi reconhecida a competência da 15ª Câmara de Direito Privado para julgamento do recurso (fls. 1151/1156).

Manifestado interesse de realização de audiência de conciliação pela apelante (fl. 1125), a apelada negou seu interesse a respeito (fl. 1143).

Recurso tempestivo, regularmente processado e preparado.

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 1127 e 1130).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso não comporta provimento.

1. Não há controvérsia acerca da ocorrência do sinistro, da existência de cobertura securitária nem sobre a obrigação de indenizar da seguradora; porém existe questionamento com relação: **(a)** ao suposto pronunciamento *extra petita* na sentença; **(b)** e quanto à redução da indenização por agravamento do risco e ausência de prova quanto à extensão dos danos.

2. A apelante, em suas razões recursais, afirma que houve pronunciamento *extra petita* em sentença com a condenação da seguradora ao pagamento de despesas com a "g*uarda, transporte e armazenamento das mercadorias sinistradas, a serem apuradas em liquidação de sentença*", sob o fundamento de que este pedido não constou expressamente na petição inicial.

Importante destacar que as mercadorias avariadas foram transferidas do local em que ocorreu o sinistro (galpão nº 31) para outro galpão também de propriedade da autora HDI Global Seguros (galpão nº 29) a fim de que o espaço pudesse ser utilizado por sua locatária (Flatel), destacando que o local estava, até então, ocupado pela sucata do sinistro, prejudicando a atividade profissional da locatária (fl. 787); posteriormente, a autora informou a transferência da carga sinistrada para um novo espaço, tendo em vista que recebeu proposta para locação do galpão nº 29 (fls.874/875).

Observa-se que a despesa de salvamento das mercadorias sinistradas consta expressamente da petição inicial: "(*iii) seja julgada TOTALMENTE PROCEDENTE a presente demanda, condenando a seguradora Ré ao pagamento: (iii.b.) de todas as despesas incorridas pela Bonsucesso, Flatel e Spiralock com a recuperação de parte da mercadoria avariada pelo sinistro e com o manejo destes bens*" (fls.37/38).

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o pedido deve ser extraído a partir de interpretação lógico-sistemática de toda a petição inicial, sendo desnecessária a sua formulação expressa na parte final desse documento, podendo o Juiz realizar análise ampla e detida da relação jurídica posta em exame **(AgRg no AREsp n. 420.451/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 5/12/2013, Dje 19/12/2013)**.

Acesso ao Sumário

Assim, em se tratando de despesa que pode ser enquadrada como salvamento da mercadoria avariada, não há se cogitar pronunciamento *extra petita* em sentença, que, em observância ao artigo 489 do Código de Processo Civil, apreciou as questões relevantes e necessárias para analisar a pretensão da autora.

3. A apelante, no mérito de suas razões recursais, pretende a limitação da indenização securitária com fundamento em suposto agravamento de risco, afirmando que teria decorrido mais de uma hora do momento do acionamento do *sprinkler* até a efetiva interrupção do fluxo de água do equipamento.

Segundo a alegação da seguradora apelante, em suas razões recursais, "*o alarme do sistema de sprinkler disparou no interior do bloco 300, galpão 31, e*

por ser domingo, só tinha o bombeiro civil de nome Flávio no local dos fatos, que compareceu na área externa do galpão e por uma fresta constatou um vazamento de água, decorrente do rompimento espontâneo do bico do sprinkler, sendo que neste momento nada podia ser feito, pois o condomínio não possuía a chave do galpão" (fls. 1074).

No caso, verifica-se que o acionamento prematuro dos *sprinklers* teria ocorrido por falha no bico do equipamento (fls.223/263), o que gerou o vazamento de água e danificou as mercadorias armazenadas no local.

A seguradora, no entanto, não logrou comprovar que o fato de o bombeiro civil não possuir a chave do galpão onde ocorreu o vazamento teria agravado as consequências do sinistro, nos termos do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil.

Destaca-se que, muito embora a parte ré tenha requerido a apuração de suposto agravamento de dano por demora no fechamento da válvula (fls. 573/574), o laudo pericial não apontou qualquer indício do suposto agravamento dos danos por parte da autora (fls. 942/988), não tendo a seguradora apelante sequer se manifestado com relação a este ponto em momento processual oportuno.

Não bastasse isso, e apenas a título de argumento, o agravamento do risco que afasta a cobertura securitária, tal como prevista no artigo 768 do Código Civil, pressupõe o agravamento intencional do risco objeto do contrato, o que não se vislumbra no presente caso, pois não demonstrou a deliberada conduta do preposto da autora para manter a válvula aberta para comprometer os produtos armazenados.

4. Tampouco prospera a alegação de que a cobertura do sinistro tenha sido prejudicada pela conduta da própria autora, que deixou de entregar os documentos imprescindíveis para aferir os prejuízos.

Após a ocorrência do sinistro, foi contatada a empresa TRX ADMINISTRADORA DE BENS E CONDOMÍNIOS LTDA. ("TRX"), responsável, à época dos fatos, pela administração do condomínio logístico onde está localizado o galpão sinistrado, ocasião em que o referido representante da seguradora solicitou, por *e-mail*, autorização para a primeira vistoria do local do sinistro, tendo sido prontamente atendido pela TRX, pois a primeira visita ocorreu no dia 18.10.2017 (fls.193/202).

Em 25.10.2017, a pedido novamente do regulador de sinistro da seguradora, foi realizada uma segunda vistoria no local (fls.203), com a finalidade de apurar e discriminar todos os bens avariados (fls.208/215).

Na segunda vistoria, foram entregues ao regulador de sinistro as notas fiscais originais dos produtos avariados, conforme relatório elaborado pelo representante da seguradora apelante, momento em que foi realizada a contagem física dos produtos e a conciliação com as respectivas notas fiscais (fls. 216/222).

Em razão da falha ocorrida em um dos *sprinklers*, a TRX, a pedido do

Acesso ao Sumário

Regulador de Sinistro, solicitou à empresa RR SEARA ENGENHARIA LTDA. ("RR Engenharia") que vistoriasse o equipamento, a fim de se apurar as causas do acidente, de modo que, em 26.10.2017, com a anuência prévia da seguradora, a referida empresa inspecionou as instalações hidráulicas do sistema de combate a incêndio (sprinklers) (fls.223/263).

Em 11.04.2018, após se reunir com os representantes da Flatel e da autora no local do sinistro, o regulador do sinistro teve acesso ao local onde as mercadorias avariadas estavam armazenas (fls.269/271).

Ainda, realizou-se a quarta vistoria para analisar as mesmas mercadorias periciadas e, no dia 15.05.2018, o regulador de sinistro novamente teve amplo e irrestrito acesso ao galpão e, por conseguinte, às mercadorias avariadas (fls.272/277).

Em 04.06.2018, a autora enviou um novo *e-mail* à seguradora, solicitando mais uma vez que a companhia se manifestasse sobre a cobertura do seguro (fls.285/287), quando, então, esta informou, em 06.06.2018, que o processo de regulação de sinistro seria concluído em até 10 (dez) dias úteis (fl.338).

Destaque-se que, no relatório elaborado pelo regulador de sinistro, datado de 11.06.2017, ficou reconhecido expressamente o irrestrito acesso às mercadorias avariadas com a finalidade de periciá-las (fls.762).

A Spiralock, em atendimento à solicitação da seguradora, disponibilizou ao Regulador de Sinistro relatório pormenorizado identificando inclusive o valor de custo de cada uma das mercadorias avariadas (fls. 375).

Assim, ficou demonstrado que a seguradora tinha a sua disposição as informações necessárias para aferir os prejuízos causados, não havendo indício algum de que a apelada não colaborou com o fornecimento de informações.

5. Não procede também a alegação da seguradora apelante de que os valores devidos a título indenização teriam sido arbitrados de forma aleatória pelas partes prejudicadas.

> Tendo em vista que a umidade acarreta danos diferenciados à mercadorias, foi determinada a realização de perícia judicial para aferir a extensão dos danos, tendo o perito concluído que:
> (a) todas as mercadorias listadas na nota fiscal nº 66.658, e dispostas no local das diligências, devem ser consideradas como salvados pela seguradora apelante, vez que apesar de não poderem ser oferecidas ao consumidor final, posto não estar totalmente afastado a ocorrência de curto-circuito, possuem algum valor econômico como sucata no mercado afim:
> (b) em que pese a ordem judicial de fls. 857/858 (item 2), o expert nomeado informou que não dispunha de elementos suficientes e necessários conhecimentos para estimar o valor dos salvados com o devido grau de confiabilidade, posto não existir para mercadorias com característica de salvados referência de valores no mercado em geral, mas que, aten-

Acesso ao Sumário

> dendo ao quanto solicitado pelo E. Juízo no r. despacho de fls. 840, tem-se que o valor dos produtos avariados existentes no local das diligências, o qual corresponde à indenização pleiteada ela autora apelada, é aquele constante da nota fiscal nº 66.658 emitida pela Spiralock, qual seja, R$ 573.888,04 - válido para a data do sinistro (maio de 2017) (fls.951).
> (c) o fato dos produtos terem funcionado por ocasião dos testes realizados pela perícia (liga/desliga com colocação na tomada), não atesta e tampouco garante que estes se comportarão de maneira adequada quando em uso contínuo pelo consumidor final, posto que os seus componentes internos podem ter sido atingidos pela umidade decorrente do sinistro, resultando no comprometimento da sua performance e colocando em risco a segurança dos usuários (fls.951).
> (d) nenhum produto listado na nota fiscal nº 66.658 poderia ser comercializado como um produto normalmente oferecido no mercado com todas as garantias previstas, na medida em que, como anteriormente consignado, não pode ser afastado o risco de apresentarem falhas de funcionamento, em decorrência da molhadura por eles sofrida **(fls.951).**

O perito destacou que, a despeito de eventual funcionamento por ocasião dos testes, não existe nenhuma garantia de que os equipamentos pertencentes à Spiralock não oferecerão riscos aos usuários (consumidor final), de modo que toda a mercadoria indicada na nota fiscal nº 66.658 deve ser considerada "salvada", com indicação de prejuízo no valor de R$ 573.888,04 (válido para a data do sinistro), descontada a franquia de 10% e mediante a entrega dos bens salvados à seguradora, para que esta proceda a sua alienação.

Com relação aos demais pedidos, o valor de R$ 21.453,85, referente à reposição de 1.200 (mil e duzentas) caixas de papelão e reembalagem das antenas parabólicas ficou devidamente comprovado pelo orçamento (fl. 215), destacando que este orçamento foi apresentado prévia e expressamente ao Regulador de Sinistro contratado pela seguradora, tendo, inclusive, sido aprovado por ele durante o curso do processo de regulação de sinistro (fls. 428, 435 e 762).

As despesas de salvamento foram demonstradas pela necessidade de movimentação da carga do sinistro para outro galpão e, posteriormente, nova movimentação para liberação do galpão, cabendo à ré indenizar as despesas relacionadas ao salvamento, regulação do sinistro e movimentação das cargas avariada, no importe de R$ 40.665,67 (fls. 443/473).

Finalmente, a despesa de R$ 4.000,00, cobrada para realização de perícia do equipamento que causou o acidente (fl. 264) também deve ser arcada pela seguradora, pois decorre da regulação do sinistro, inerente à atividade da seguradora que foram antecipadas pela autora por exigência da ré.

5. Não se justifica a imposição de sanção por litigância de má-fé à apelante, porque a conduta combatida é aquela inspirada na intenção (dolo) de protelar ou de violar outros deveres impostos à parte, situação aqui não entrevista.

Segundo **Candido Rangel Dinarmarco**, litigância temerária é aquela

Acesso ao Sumário

"*que consiste em comportar-se de modo doloso ou mediante uma imprudência ou incoerência de posições que repugne o senso comum*" **(Instituições de Direito Processual Civil II - 6ª ed.; Malheiros, 2009 - p. 269)**.

Apesar de improcedentes, as razões da parte apelante -- na sua quase totalidade -- enquadram-se razoavelmente no exercício do direito de defesa e, também, no de recorrer, em razão do que não se vislumbra litigância de má-fé.

6. Portanto, a respeitável sentença deve ser mantida, também pelos seus fundamentos.

Nesta fase recursal, impõe-se a majoração dos honorários do advogado da parte apelada para 15% (quinze por cento) do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Por fim, destaca-se que a eventual oposição de embargos de declaração protelatórios pode motivar condenação do embargante ao pagamento de multa sobre o valor atualizado da causa, do que ele não se isenta mesmo se for beneficiário da gratuidade da justiça, nos termos do artigo 1.026, § 2º do Código de Processo Civil.

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

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0036491-40.2013.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NAIRAN RICHARD OLIVEIRA SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados VIP TRANSPORTES URBANO LTDA. e COMPANHIA MUTUAL DE SEGUROS.

ACORDAM, em 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36417)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NETO BARBOSA FERREIRA (Presidente sem voto), FABIO TABOSA e CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 7 de novembro de 2023.
SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: Ação indenizatória fundada em acidente de trânsito - Colisão envolvendo ônibus coletivo e viatura policial - Ônus do autor de provar que perseguia veículo com sirene e giroflex da viatura policial ligados - Inteligência do art. 29, VII, do CTB - Ausência de prova em tal sentido - Improcedência do pedido mantida - Recurso não provido.

VOTO

Insurge-se o autor, em ação indenizatória fundada em acidente de trânsito, contra a r. sentença de fls. 844/851, que julgou improcedente o pedido, condenando-o ao pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios de 10% do valor atualizado da causa, observada a justiça gratuita, e a litisdenunciante ao pagamento de honorários advocatícios de R$1.000,00, fixados por equidade, em favor da litisdenunciada.

Sustenta o apelante (fls. 856/869) que: a) o conjunto probatório não foi analisado adequadamente, devendo ser reconhecida a culpa exclusiva da ré pelo evento danoso; b) o depoimento prestado pela testemunha Thiago dos Santos Sá é incompatível com a prova pericial, que reconheceu que o registro do tacógrafo estava cinco horas adiantado, e, por outro lado, tal testemunha afirmou que a sirene e o giroflex da viatura estavam acionados e que o condutor do ônibus tinha melhor visibilidade do cruzamento em que ocorreu a colisão, de modo que poderia ter parado ou reduzido a velocidade e, assim, evitado o acidente; c) o disco de tacógrafo juntado aos autos está em branco no horário do acidente, não sendo possível precisar a velocidade empreendida pelo ônibus naquele momento; d) a preferência, no caso de rotatória, é daquele que estiver circulando por ela, assim, o condutor do coletivo não observou a preferência da viatura policial, tendo dado causa ao acidente.

Recurso tempestivo e sem preparo, porque o apelante é beneficiário da justiça gratuita (fls. 66).

Houve resposta (fls. 880/889 e 890/902).

É o relatório.

Narra a inicial que, no dia 21.7.2011, por volta das 11:45 horas, na altura da Rua Registro Velho, viatura em perseguição policial, conduzida pelo autor, que é policial militar, foi abalroada na lateral direita pelo ônibus de propriedade da ré, cujo preposto desrespeitou a prioridade do veículo de polícia, que estava com os sinais luminosos e sonoros acionados. Em razão disso, o autor sofreu perda auditiva e invalidez parcial de membro inferior direito, razão pela qual

Acesso ao Sumário

pleiteia reparação de danos morais e estéticos e lucros cessantes.

Na contestação (fls. 75/), preliminarmente, a ré denunciou da lide a Companhia Mutual de Seguros. No mérito, ela sustentou a culpa exclusiva do autor, porque o motorista do seu ônibus trafegava em baixa velocidade, observando as regras de trânsito, quando a sua trajetória foi abruptamente interceptada pela viatura policial, que estava em alta velocidade e com a sirene e giroflex desligados. Além disso, refutou a validade do relatório de sindicância produzido pela corporação da qual o autor faz parte, por não ter sido observado o contraditório.

Pois bem.

As testemunhas ouvidas na sindicância policial (fls. 34/64) afirmaram, em sua maioria e de forma consistente, que o ônibus imprimia baixa velocidade e que não ouviram o barulho da sirene da viatura policial.

O condutor do ônibus, Lauro Lobato, afirmou que: "não viu a viatura acompanhando um veículo produto de roubo, que apenas após ter ocorrido a colisão pôde perceber que se tratava de uma viatura, que ocorreu de forma inesperada e que ficou sabendo posteriormente que esta viatura estava acompanhando um veículo que havia sido roubado, que não ouviu barulho de sirene no dia do acidente, que teria como evitar o acidente se tivesse ouvido a sirene da viatura, que não havia aparelho de som ligado no interior do ônibus, que não reparou nenhuma placa ou sinalização de solo no local do acidente, que ao chegar próximo do cruzamento não dá para ter visão de outros veículos que iria cruzar a via. Esclarece que não gostaria de prejudicar os policiais militares e que se de alguma forma puder ajudar está disposto." (fl. 37).

O cobrador do ônibus, Adilson Ribeiro de Souza, afirmou que "a velocidade do ônibus na hora do acidente era de 20Km/h" e que "não ouviu barulho de sirene no dia do acidente" (fl. 36).

A testemunha Elisângela Borges de Souza Trindade, passageira do coletivo, afirmou que: "o ônibus não estava em alta velocidade, estava em velocidade normal, que não ouviu sirene no dia do acidente, que o acidente ocorreu por volta das 11 h30min, que no dia do acidente estava no meio do ônibus, que presenciou o vulto de um veículo, aparentemente de cor preta passar em frente ao ônibus no cruzamento e logo em seguida a colisão do ônibus na viatura, que não havia aparelho de som ligado no interior do ônibus, que não teria como o motorista evitar o acidente." (fl. 37).

O perito Jaime Santos Lucchesi afirmou ter sido ele quem retirou o disco do tacógrafo do ônibus após o acidente, que levou para o IC e foi lacrado "que no disco do tacógrafo [do ônibus] continha velocidade final de 30 quilômetros por hora antes do acidente." (fl. 37).

Quanto à divergência de horários no tacógrafo, afirmada na petição de fls. 208/209, a testemunha Thiago dos Santos Sá, de fato, afirmou que: "o ônibus continha tacógrafo e que o tacógrafo não estava com defeito ou apresentava adiantamento ou retardamento de horas, que o ônibus que estiver com defeito no tacógrafo ele não opera naquele dia. Esclarece que se o tacógrafo apresen-

Acesso ao Sumário

tar defeitos o mesmo é lacrado e encaminhado ao pátio da SPTrans, que antes de iniciar o turno de trabalho foi colocado um disco no tacógrafo do ônibus pela equipe interna da empresa e que não tem como saber quem trocou, que chegou no local por volta das 13h00min e deixou por volta das 21h00min, que a perícia compareceu no local, porém, não se recorda o nome do perito, que foi retirado o disco do tacógrafo do ônibus após o acidente, provavelmente pelo perito." (fl. 37).

A inexistência de atraso no registro do tacógrafo foi refutada pelo perito, que esclareceu que: "quanto ao que consta no laudo que a velocidade final de movimentação do ônibus em torno de 30 Km/h, e no disco do tacógrafo claramente se verifica que no horário do acidente o ônibus estava parado, foram devido os registros do tacógrafo que estavam com aproximadamente cinco horas de adiantamento, razão pelo qual a velocidade do veículo registrada as 04h30min da tarde, passa a ser por volta das 11h30min, que quando retirou o disco do tacógrafo consta descrito no disco a quilometragem inicial 498692 e no odômetro do ônibus quando da retirada quilometragem final de 498741, demonstrando quantos quilômetros o ônibus percorreu, que o disco em nenhum momento foi trocado, que não houve auxílio de outro perito ou pessoa durante avaliação e conclusão da perícia no disco, somente as fotografias são retiradas pelo fotografo Roseli Godoi, que não teria como ocorrer a troca do disco na hora da perícia, pois o ônibus estava sendo preservado pela polícia militar, que o laudo elaborado foi revisado e assinado pelo declarante." (fl. 38).

Anote-se que o Inquérito Policial para apuração de eventual adulteração do tacógrafo foi arquivado (fls. 169 e 188/189).

Dada a unidade dos depoimentos acima, não convence o depoimento de Earles Ferreira Pires (fl. 43), que afirmou ter ouvido a sirene da viatura, por estar isolado em relação a todos os demais elementos de prova, razão pela qual não pode ser, por si só, considerado para definir a responsabilidade pela colisão.

Ademais, a testemunha Thiago não presenciou a colisão, razão pela qual a afirmação de que ouviu de terceiros que a sirene estava ligada não infirma o depoimento prestado por testemunhas presenciais em sentido contrário.

É incontroverso que a viatura policial estava em alta velocidade, pois, de acordo com a sindicância, a viatura passou a acompanhar veículo envolvido em roubo de carga, que empreendeu fuga em alta velocidade (fl. 39 - item 6.1.4). O acidente ocorreu em cruzamento de vias não sinalizado, o que permite concluir que a trajetória do coletivo foi interceptada abrupta e inesperadamente, o que impediu o seu condutor de parar o veículo para dar passagem à viatura.

De acordo com o art. 29, VII, "a" e "b", do CTB, com a redação vigente na época dos fatos:

> Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas:
> (...)
> VII - os veículos destinados a socorro de incêndio e salvamento, os de

Acesso ao Sumário

polícia, os de fiscalização e operação de trânsito e as ambulâncias, além de prioridade de trânsito, gozam de livre circulação, estacionamento e parada, quando em serviço de urgência e devidamente identificados por dispositivos regulamentares de alarme sonoro e iluminação vermelha intermitente, observadas as seguintes disposições:

a) quando os dispositivos estiverem acionados, indicando a proximidade dos veículos, todos os condutores deverão deixar livre a passagem pela faixa da esquerda, indo para a direita da via e parando, se necessário;

b) os pedestres, ao ouvir o alarme sonoro, deverão aguardar no passeio, só atravessando a via quando o veículo já tiver passado pelo local;

c) o uso de dispositivos de alarme sonoro e de iluminação vermelha intermitente só poderá ocorrer quando da efetiva prestação de serviço de urgência;

d) a prioridade de passagem na via e no cruzamento deverá se dar com velocidade reduzida e com os devidos cuidados de segurança, obedecidas as demais normas deste Código; (g.n.)

Diante disso, para que ficasse caracterizada a prioridade da viatura policial para o tráfego e, portanto, o descumprimento das normas de trânsito pelo preposto da ré, era ônus do autor comprovar que os sinais sonoros estavam acionados, de modo a chamar a atenção dos demais motoristas, para que dessem passagem para a viatura.

O autor, no entanto, não se desincumbiu desse ônus.

Ao contrário, a prova dos autos indica que o acidente ocorreu porque a viatura era conduzida em alta velocidade e com os sinais sonoros desligados.

Nesse caso, a demanda deve ser resolvida pela distribuição do ônus probatório, sendo o caso de reconhecer que o autor não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo do seu direito (CPC, art. 373, I), razão pela qual era mesmo o caso de julgar improcedente o pedido.

Anote-se que o resultado da sindicância realizada pela Corporação da Polícia Militar (fls. 34/64) não influencia o resultado deste julgamento, porque produzida por parte interessada no resultado do julgamento, já que cobra da ré o ressarcimento material pelos danos no veículo, e sem observância do contraditório.

Por tais razões, fica mantida a r. sentença.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, majorados os honorários advocatícios para 12% do valor atualizado da causa, observada a gratuidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000422-12.2023.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO

S/A e é apelada ALLIANZ SEGUROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.926)**

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

São Paulo, 9 de novembro de 2023.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Apelação Cível. Ação regressiva de ressarcimento de danos elétricos. Pleito formulado por seguradora em face de concessionária de energia elétrica. Alegação de que descargas elétricas resultaram danos ao elevador do condomínio seguro, que precisou ser reparado. Sentença de procedência. Inconformismo da concessionária ré. Acolhimento. Seguradora que não viabilizou a produção de prova pericial direta. Dever de indenizar que não pode ser imposto à concessionária. Ausência de prévia comunicação do ocorrido pela segurada que impediu a prestadora de serviços de inspecionar os equipamentos danificados e produzir prova para contrapor o parecer unilateral que instruiu a inicial. Conquanto a responsabilidade objetiva (art. 37, § 6°, da CF) afaste a pertinência de se apurar o elemento subjetivo da responsabilidade civil, tal não dispensa a necessidade de demonstração da conduta comissiva ou omissiva do agente, os danos apontados pelo interessado e o nexo de causalidade entre eles. Substrato probatório que não confere solidez ao pedido inaugural. Sentença reformada para julgar improcedente o pedido. Recurso de apelação da ré provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 311/326) interposto por ENEL Distribuição São Paulo - Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A contra a respeitável sentença (fls. 298/304) proferida nos autos desta "*ação de indenização*" (fls. 01 e seguintes) ajuizada por Allianz Seguros S/A.

A mencionada sentença julgou procedente o pedido formulado na inicial nos seguintes termos:

Acesso ao Sumário

"*Posto isso, e pelo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, para o fim de condenar a ré ao pagamento do valor de R$ 5.600,00 (cinco mil e seiscentos reais) a título de indenização por reembolso, com correção monetária desde o desembolso pela tabela prática do TJSP e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.*

Condeno a ré no pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, ora fixados em 10% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, §2º, do CPC." (fl. 304).

Em suas razões de apelação, pugna a concessionária ré, pela reforma da sentença a fim de que seja julgado improcedente o pedido formulado na inicial. Sustenta, em síntese, (I) a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, (II) a inobservância do procedimento disposto na Resolução nº 414 da ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica, (III) que não há registro de perturbação na rede elétrica na área que justifique os danos apontados na inicial, (IV) que os supostos danos elétricos podem decorrer da existência de defeitos nas instalações internas da unidade consumidora, (V) que a apelada não comprovou a instalação na unidade consumidora de dispositivos de proteção contra surtos de tensão (DPS) exigidos pela Norma nº 5410 da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, (VI) que os laudos técnicos apresentados são documentos unilateralmente produzidos pela autora, não se prestando a comprovar o nexo causal e os danos alegados e que (V) quedas e raios configuram força maior, o que excluiria eventual responsabilização.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Conforme se extrai da análise dos autos, cuida-se de ação regressiva ajuizada pela autora em face da ré, aduzindo em sua inicial que firmou contrato de seguro residencial com terceiro, sobrevindo sinistro de danos elétricos a elevador do segurado em virtude de falha na prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica.

Nessa órbita, considerando que a relação originária, entre a concessionária ré e o segurado, é inegavelmente de consumo, por certo que aplicável o Código de Defesa do Consumidor não só em favor dos consumidores do serviço prestado pela concessionária, mas, obviamente, também, em favor da seguradora.

Isso porque a seguradora se sub-roga nos direitos e ações que competem aos segurados contra o autor do dano, nos exatos termos dos artigos 349 e 786 do Código Civil, bem como da Súmula nº 188 do Supremo Tribunal Federal.

Firmada essa premissa e ainda que aplicável o Código de Defesa do Consumidor ao caso, procede

o pleito da ré, ora apelante, para que seja julgado improcedente o pedido

Acesso ao Sumário

formulado na inicial.

O balanço dos elementos de convicção amealhados permite constatar que não restou comprovada a comunicação do propalado sinistro à concessionária de serviço público, em consonância com o disposto no artigo 611 e 612 da Resolução nº 1.000/2021 da ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica (em vigor quando da ocorrência dos fatos), *in verbis*:

"*Art. 611.* ***Na análise do pedido de ressarcimento, a distribuidora deve investigar a existência do nexo de causalidade, que é a caracterização do vínculo entre o evento causador e o dano reclamado****.*

§ 1º. A distribuidora deve considerar na análise os registros de ocorrências na sua rede e observar o Módulo 9 do PRODIST.

§ 2º. O uso de transformador depois do ponto de conexão não descaracteriza o nexo de causalidade, nem elimina a obrigação de ressarcir o dano reclamado.

§ 3º. Fica descaracterizado o nexo de causalidade quando:

I - não for encontrado o equipamento para o qual o dano foi reclamado; ou

II - o consumidor providenciar a reparação do equipamento previamente ao pedido de ressarcimento ou sem aguardar o término do prazo para a verificação, e não entregar à distribuidora*:*

a) a nota fiscal do conserto, indicando a data de realização do serviço e descrevendo o equipamento consertado;

b) o laudo emitido por profissional qualificado;

c) dois orçamentos detalhados; e

d) as peças danificadas e substituídas;

III - não houve perturbação na data e hora aproximada para o dano reclamado, conforme Módulo 9 do PRODIST;

IV - existe registro de perturbação no sistema elétrico que afetou a unidade consumidora, mas:

a) essa perturbação não poderia ter causado dano em equipamento resistivo; ou

b) a fonte de alimentação elétrica do equipamento está em perfeito estado de funcionamento.

§ 4º. O laudo previsto na alínea "b" do inciso II do

§ 3º deve comprovar que o dano tem origem elétrica, observadas as situações excludentes do inciso II do art. 616."

Art. 612. Para análise da solicitação de ressarcimento, a distribuidora pode:

I - fazer verificação do equipamento danificado no local;

II - retirar o equipamento para análise; ou

III - solicitar que o consumidor encaminhe o equipamento para oficina

Acesso ao Sumário

credenciada pela distribuidora.

Parágrafo único. O impedimento de acesso às instalações da unidade consumidora ou aos equipamentos objeto da solicitação é motivo para a distribuidora indeferir o ressarcimento, devendo a comprovação do impedimento ser juntada ao processo."

E a falta de comunicação do indigitado sinistro à ré inviabilizou a inspeção do equipamento que teria sido danificados pela oscilação de energia, sendo certo, ainda, que o laudo unilateralmente elaborado não se presta, por si sós, à comprovação da origem dos danos e do correlato nexo de causalidade com a conduta da concessionária.

Ainda que possível, em tese, a inversão do ônus da prova, em virtude da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, para que a concessionária ré pudesse se desincumbir do ônus da prova - em caso de inversão - ou exercer seu direito de, em contraditório, demonstrar a inconsistência do relato técnico produzido unilateralmente pela autora, era imprescindível que a autora tivesse preservado os bens danificados, permitindo que fossem examinados de forma imparcial.

De tal sorte, uma vez que a concessionária restou impedida de inspecionar o elevador supostamente danificado pela oscilação de tensão na rede elétrica e produzir prova para contrapor os documentos que instruíram a inicial, a ela não pode ser imposto o ônus da prova.

Ademais, conquanto a responsabilidade da concessionária de serviço público seja objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, essa circunstância afasta tão somente a pertinência de se apurar o elemento subjetivo da responsabilidade civil, mas não dispensa a necessidade de que sejam demonstrados, para o reconhecimento do dever de indenizar, a conduta comissiva ou omissiva do agente, os danos alegados pela vítima e o nexo de causalidade entre eles.

Na hipótese vertente, a seguradora autora não apenas deixou de produzir prova inconteste de que os danos ao equipamento de seu segurado tenham sido ocasionados por falha na prestação de serviço da concessionária, como inviabilizou a produção de prova técnica e o pleno exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório.

Acesso ao Sumário

Em casos análogos ao dos autos, colhem-se precedentes registrados no âmbito desta Colenda Corte de Justiça:

"*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO REGRESSIVA FUNDADA EM CONTRATO DE SEGURO JULGADA IMPROCEDENTE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS QUE COMPROVEM O NEXO CAUSAL, POSTO HAVER NOS AUTOS SOMENTE SINGELOS "LAUDOS" UNILATERAIS. SEGURADORA NÃO TROUXE QUALQUER ELEMENTO CONTUNDENTE QUE COMPROVASSE AS REAIS*

CONDIÇÕES DAS INSTALAÇÕES ELÉTRICAS DA UNIDADE SEGURADA, OU MESMO INFORMAÇÕES QUANTO À VIDA UTIL DOS EQUIPAMENTOS DANIFICADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO NEXO ENTRE OS DANOS INDICADOS E OS SERVIÇOS PRESTADOS PELA RECORRENTE. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. Recurso de apelação improvido." (Apelação Cível 1117786-10.2021.8.26.0100, Relatora Desembargadora Cristina Zucchi, Data de Julgamento: 10/01/2023).

"*APELAÇÃO. Ação regressiva. Fornecimento de energia elétrica. Seguradora que pede reembolso da indenização paga a segurado pelos prejuízos por danos elétricos causados por suposta oscilação na corrente elétrica. Laudo unilateral. Prejudicada a perícia judicial, em razão da não preservação dos equipamentos danificados. Impossibilidade de inversão do ônus da prova no caso. Responsabilidade da concessionária afastada. Entendimento pacificado na Câmara. Sentença de improcedência mantida. Recurso de apelação ao qual se nega provimento.*" (Apelação Cível nº 1039713-79.2021.8.26.0114, Relator Desembargador Issa Ahmed, Data de Julgamento: 08/01/2023).

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA - Ação regressiva de ressarcimento de danos materiais ajuizada pela seguradora por sub-rogação - Oscilação na rede de distribuição elétrica - Cerceamento do direito de defesa da concessionária não ocorrente - Interesse de agir patente da autora - Inicial que vem acompanhada dos documentos essenciais à propositura da ação, além de os fatos e fundamentos jurídicos do pedido lançados permitirem sua compreensão e possibilitaram o exercício do direito de defesa da parte contrária - Legitimidade passiva da requerida que é verificada* in status assertionis, d*e forma abstrata, de acordo com a narrativa posta na inicial - Preliminares rejeitadas - Ônus da prova, todavia, que não se desincumbiu a seguradora - Sucumbência a cargo da autora - Recurso provido, para julgar improcedente a ação.*" (Apelação Cível nº 1011491-51.2021.8.26.0066, 34ª Câmara de Direito Privado, Relatora Desembargadora Lígia Araújo Bisogni, Data de Julgamento: 21/07/2022).

"*Prestação de serviços. Fornecimento de energia elétrica. Ação regressiva da seguradora contra a concessionária de serviço público. Alegação de que descargas elétricas resultaram em avarias a equipamentos do segurado, que precisaram ser reparados ou substituídos. Havendo controvérsia sobre a causa dos danos e não tendo a seguradora viabilizado a produção de prova técnica de forma direta, não há como impor à concessionária o dever de indenizar. A ausência de prévia comunicação do ocorrido pelo segurado impediu a concessionária de inspecionar os*

Acesso ao Sumário

equipamentos danificados e produzir prova para contrapor aos pareceres unilaterais que instruíram a inicial. A responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, da CF, afasta tão somente a pertinência de se apurar o elemento subjetivo da responsabilidade civil, mas não elimina a necessidade de que sejam demonstrados a conduta comissiva ou omissiva do agente, os danos alegados pela vítima e o nexo de causalidade entre eles. Improcedência mantida. Recurso improvido." (Apelação Cível nº 1025795-42.2020.8.26.0114, 34ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Gomes Varjão, Data de Julgamento: 16/03/2022).

"*AÇÃO DE REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS. Oscilação na rede de distribuição de energia elétrica. Danos aos bens segurados. Laudos unilaterais. Fatos controvertidos. Prejudicada a perícia. Impossibilidade de inversão do ônus da prova no caso. Ausência de nexo de causalidade. Responsabilidade civil não configurada. Entendimento pacificado na Câmara. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.*" (Apelação Cível nº 1004898-90.2020.8.26.0114, 36ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Milton Carvalho, Data de Julgamento: 15/03/2022).

"*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - AÇÃO REGRESSIVA PROPOSTA POR SEGURADORA - ALEGAÇÃO DE OSCILAÇÃO NA REDE ELÉTRICA QUE CAUSOU DANOS EM EQUIPAMENTOS - INDENIZAÇÃO DO VALOR PAGO PELA AUTORA, QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE PROVAR OS FATOS CONSTITUTIVOS DE SEU DIREITO - ART. 373, I, DO CPC - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Considerando que a seguradora sub-rogou-se dos direitos pertinentes ao seu segurado para pleitear indenização dos valores pagos em decorrência do contrato de seguro firmado entre as partes, para caracterizar a responsabilidade da ré pelo evento danoso, ainda que na modalidade objetiva, imprescindível é a comprovação do nexo de causalidade entre a prestação de serviços e os danos causados. 'In casu', no sinistro reportado e que deu origem ao pagamento de indenização securitária, não tendo sido comprovado, à luz do art. 373, I, do CPC, que os danos nos equipamentos tiveram como causa oscilação na rede elétrica, pela qual é responsável a ré, e sim, que os prejuízos tiveram como causa descargas atmosféricas advindas de temporal, de rigor a improcedência da ação.*" (Apelação Cível nº 1020497-35.2021.8.26.0114, 31ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Paulo Ayrosa, Data de Julgamento: 14/03/2022).

"*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO REGRESSIVA FUNDADA EM CONTRATO DE*

Acesso ao Sumário

SEGURO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS QUE COMPROVEM O NEXO CAUSAL, POSTO QUE A SEGURADORA TROUXE AOS AUTOS SOMENTE SINGELOS "LAUDOS" UNILATERAIS, AFIRMANDO EM JUÍZO DESCONHECER O PARADEIRO DOS APARELHOS SINISTRADOS, INVIABILIZANDO POR COMPLETO A PRODUÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA REQUERIDA PELA RÉ, A QUAL SE MOSTRA NECESSÁRIA À COMPROVAÇÃO DO NEXO ENTRE OS DANOS INDICADOS E OS SERVIÇOS PRESTADOS PELA CONCESSIONÁRIA. SENTENÇA MANTIDA. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELA ATUAÇÃO DERROTADA NESTA SEDE (ART. 85, §§ 2.º E 11, DO CPC). Recurso de apelação não provido." (Apelação Cível nº 1020771-96.2021.8.26.0114, 34ª Câmara de Direito Privado, Relatora Desembargadora Cristina Zucchi, Data de Julgamento: 24/02/2022).

"*AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS. Prestação de serviço. Energia Elétrica. Dano a equipamentos de segurados da autora. Sentença de improcedência. Pretensão de reforma. DESCABIMENTO: Os documentos apresentados pela seguradora constituem prova unilateral e por isso não servem para a comprovação do nexo causal. Inobservância dos princípios do contraditório e da participação da concessionária de energia elétrica na elaboração da prova. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.*" (Apelação Cível nº 1032070-07.2020.8.26.0114, 18ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Israel Góes dos Santos, Data de Julgamento: 14/06/2021).

"*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA - AÇÃO REGRESSIVA AJUIZADA PELA SEGURADORA SUB-ROGADA NOS DIREITOS DOS SEGURADOS - AVARIAS EM EQUIPAMENTOS DECORRENTE DE SUPOSTA OSCILAÇÃO DE ENERGIA - LAUDOS TÉCNICOS QUE SE MOSTRAM INSUFICIENTES A EVIDENCIAR O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS DANOS E A CONDUTA DA CONCESSIONÁRIA - DOCUMENTOS PRODUZIDOS UNILATERALMENTE - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE NÃO É AUTOMÁTICA - RECURSO IMPROVIDO. Ainda que se trate de responsabilidade objetiva, faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar, a demonstração da existência de nexo de causalidade entre o dano sofrido e o comportamento do agente causador.*" (Apelação Cível nº 1002566-89.2020.8.26.0296, 26ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Renato Sartorelli, Data de Julgamento: 14/06/2021).

"*Ação de indenização de seguro em regresso - prestação de serviços de energia - seguradora contra concessionária - alegação de danos em equipamentos de segurados sob o fundamento de descarga elétrica e os-*

Acesso ao Sumário

cilação de energia - a responsabilidade objetiva da concessionária de energia elétrica não autoriza, por si só, o acolhimento do pedido, mas deve ela ser acompanhada de prova idônea - vistoria nos equipamentos totalmente unilateral - caso concreto onde a seguradora não permite a defesa anterior da empresa de energia pela falta de requerimento administrativo - ação improcedente - apelação da ré provida, prejudicada a da seguradora." (Apelação Cível nº 1057107-83.2017.8.26.0100, 33ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Eros Piceli, Data de Julgamento: 15/03/2018).

Por conseguinte, à míngua de comprovação do nexo de causalidade entre os danos no elevador e a anomalia na tensão da rede de distribuição elétrica, é de rigor a improcedência do pedido indenizatório.

Por esses fundamentos, pelo meu voto dou provimento ao recurso interposto pela ré.

Em face da alteração da sucumbência, necessária a reapreciação da distribuição do seu ônus, razão pela qual condeno a autora a arcar com as custas e despesas processuais (artigo 82, § 2º, do Código de Processo Civil), bem como ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais aos patronos da ré no importe de R$ 5.511,73 (artigo 85, §§ 2º, 8º, 8º - A e 11, do Código de Processo Civil), corrigidos a partir da publicação do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1071992-92.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SILVIO MARIO GUZOVSKY, é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45622)**

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

São Paulo, 9 de novembro de 2023.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: CONTRATO - Prestação de serviço bancário - Legitimidade de parte passiva - Responsabilização dos herdeiros até a data do falecimento e nos limites da força da herança - Sentença mantida - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls.146/148, cujo relatório se adota, que julgou improcedentes a pretensão, e condenou o embargante no pagamento do custo do processo e dos honorários de advogado que arbitro em dez por cento do valor da causa.

Apela o requerente aduzindo, em apertada síntese, não se fala em exigência de inventário negativo dos herdeiros do devedor, sendo amplamente aceita a certidão de óbito como prova da inexistência de herança deixada; ainda, que tal situação implica enorme constrangimento ao embargante ora Apelante pois, estando inserido no polo passivo de feito executivo, sofre mácula de seu bom nome e inclusive restrição de crédito já que tal fato, por si, já implica em redução de seu "Score" junto a instituições bancárias e de crédito. Não havendo, portanto, herança alguma deixada pelo falecido devedor original, assim provado pela Certidão de Óbito acostada aos autos, nem tendo o banco exequente produzido qualquer prova no sentido de sua suposta existência, mostra-se absolutamente despropositada e ilegal a inclusão dos herdeiros no polo passivo do feito executivo. Por fim, tendo sido juntada Certidão de óbito do falecido executado originário pelo próprio banco exequente, atestando que não deixou herança, sendo expresso no texto da lei que os herdeiros respondem pelas dívidas do espólio nos limites de eventual herança deixada (que inexiste in casu) e não sendo obrigados a realizar inventário negativo para atestar a inexistência de bens, não há motivo algum para manter o Apelante no polo passivo da execução fiscal, já que trata-se de parte ilegítima. Assim diante da ilegitimidade passiva patente do Apelante, de rigor a reforma da r. sentença para julgar procedentes os Embargos à Execução, julgando extinto, sem julgamento do mérito, o processo executivo nº 1014102-98.2023.8.26.0100, com supedâneo no Artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. Pede o provimento do recurso.

Recurso tempestivo, preparado e com contrarrazões.

É o relatório.

O processo é meio de se alcançar a justiça, logo, impossível admitir que a formalidade venha se sobrepor ao justo, ou como disse o Ministro Luiz Fux no RMS 15377/RN:

"Ressoa injusto que o direito fique relegado à deriva, por força de mera formalidade, havendo titulares aos quais correspondem meios judiciais de tutela dos direitos transmissíveis mortis causa."

Depois, não se pode olvidar que ainda que existissem outros herdeiros a Lei Civil, tanto a anterior, como atual (art. 1580 do CC/1916 e 1824 do CC/02), combinada com o CPC (artigo 12, § 1º), permite ao herdeiro, demandar, inclusive, em nome próprio, na defesa dos interesses da herança no todo, ou apenas na parte que lhe cabe.

A esse respeito, a lição de Ernani Fidélis dos Santos:

Acesso ao Sumário

"O § 1º do art. 12 diz também que todos os herdeiros ou sucessores do falecido serão também autores, quando o espólio for parte. Lembre-se, porém, que o herdeiro individualmente, e em razão de sua condição de co-proprietário dos bens do espólio, em nome próprio, poderá defendê-lo, tanto passiva como ativamente." (Manual de Direito Processual Civil Processo de Conhecimento, vol. 1, 12ª ed., Saraiva, pág. 64).

Apesar do documento de certidão de óbito e alegações no sentido da inexistência de herança, verifica-se que a morte ocorreu no ano de 2022 (fls.56), tendo o credor direito de averiguar nos autos, mediante contraditório, se os herdeiros receberam algum valor e deixaram de quitar as dívidas do falecido.

Dessa forma, pretendendo o apelante a reforma da r. sentença recorrida com argumentos suficientemente por ela já rebatidos, não há que se falar, de fato, em acolhimento do recurso.

Assim, deve-se manter a r. sentença "a quo", por seus próprios fundamentos, vez que bem apreendeu a controvérsia em questão.

Por fim, não é caso de aplicação do disposto no § 11, do art. 85 do CPC, ao caso concreto, eis que a verba honorária já se mostra suficiente para remunerar o trabalho do patrono da parte apelada, atento à natureza da presente ação, o trabalho desenvolvido pelo profissional, bem como as peculiaridades da presente demanda.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1128586-63.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DENISE LUZIA ALMEIDA BEDIN, é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.477)**

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

São Paulo, 9 de novembro de 2023.

MATHEUS FONTES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZAÇÃO - CARTÃO BANCÁRIO - DESCONTO EM CONTA-CORRENTE E CARTÃO DE CRÉDITO - DESPESAS IMPUGNADAS - USO

INDEVIDO MEDIANTE FRAUDE - "GOLPE DO MOTOBOY" - TRANSAÇÕES QUE FOGEM INTEIRAMENTE AO PERFIL DA CORRENTISTA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR DO SERVIÇO, CONSIDERADA FALHA EM SUA PRESTAÇÃO - DANO MORAL CONFIGURADO - DÉBITO DECLARADO INEXIGÍVEL - RESSARCIMENTO DO DANO MATERIAL - RECURSO PROVIDO EM PARTE

VOTO

Ação declaratória de inexistência de débito e indenização foi julgada improcedente pela sentença, que condenou a autora no pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária de 10% do valor atualizado da causa.

Apelou a vencida. Invoca o Código de Defesa do Consumidor. Alega que as transações realizadas fogem de seu perfil de consumo. Afirma que houve falha no serviço prestado pelo réu, cuja responsabilidade é objetiva. O réu deve responder pelo risco da atividade que exerce. Fala em negligência quanto ao sigilo das informações pessoais e financeiras, o que teria facilitado o golpe. Aplicação da Súmula 479 do STJ e dos Enunciados 13 e 14 do TJSP. Busca indenização por danos materiais e morais, e que o débito seja declarado inexigível, invertida a sucumbência.

Recurso tempestivo, preparado, respondido.

É o Relatório.

Não pode subsistir a sentença apelada.

A possibilidade de uso do cartão por terceiro estelionatário, por clonagem ou outro meio é verossímil, de par com ser inexigível prova do fato negativo. Outrossim, nenhum elemento de prova conspira contra a boa-fé da autora, que comunicou ao réu o fato, contestando as compras e transações bancárias não reconhecidas, além de ter providenciado a lavratura de boletim de ocorrência (fls. 40/43).

Nada obstante tenha sido vítima de golpe, as transações - em valor elevado - destoavam sobremodo do perfil da correntista. Todas as transações foram realizadas no dia 01.04.2022, com movimentação em sua conta corrente de valores entre R$ 3.000,00 e R$ 10.000,00, no total de seis transferências, sequenciais, que somadas alcançam quantia em torno de R$ 40.000,00 (fls. 37). No cartão de crédito não foi diferente. As transações ocorreram, também no dia 01.04.2022, entre 17h25min50seg e 20h33min53seg, em valores elevados (fls. 141). Ora, reunia o réu plenas condições de detectar a fraude em contato com a correntista e titular do cartão, do que não cuidou, a patentear falha na prestação do serviço, com o que deve arcar com os riscos da atividade lucrativa que exer-

Acesso ao Sumário

ce, ao invés de buscar transferi-los para a consumidora.

Já se decidiu que, necessitando a modalidade de compras de senha e cartão, se o cliente, apesar de lhe deter a custódia, nega a autoria, reconhecida possibilidade de violação do sistema eletrônico, por certo vulnerável a fraudes, tratando-se, outrossim, de sistema próprio das instituições financeiras, é caso de responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser elidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável aos bancos (Súmula 297, STJ), presentes os requisitos que permitam a inversão do ônus da prova, tanto pela hipossuficiência da consumidora como pela verossimilhança das alegações de que não efetuara as transações, devida indenização pelo dano material e pelo dano moral consistente no abalo sofrido pela autora em sua tranquilidade, bem como de transtornos na busca de recomposição do patrimônio (REsp 727.843/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 01.02.06; REsp 784.602/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 01.02.06; REsp 557.030/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 01.02.05; AgRg no REsp 724.954/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 17.10.05; REsp 605.284/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 14.11.05).

Fraude atribuível a terceiro no âmbito de operações bancárias não livra o banco de ter de indenizar, a teor da Súmula nº 479 do STJ. Nesse sentido, em caso parelho, precedente da Câmara: Apelação nº 1013189-92.2018.8.26.0003, de São Paulo, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 03.10.2019.

Ao réu incumbe, portanto, suportar o prejuízo material por aplicação de regra de julgamento permissiva da inversão do ônus da prova na relação de consumo.

Julgo a ação procedente. Declaro inexigíveis lançamentos impugnados em conta corrente e cartão de crédito, e condeno o banco a estornar o montante debitado em conta-corrente em razão da fraude, na forma simples e não em dobro, ausente má-fé, com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, e correção monetária calculada de acordo com a tabela prática do TJ/SP, desde quando indevidamente debitado, procedendo-se à baixa do nome por eventual inclusão em órgão de proteção ao crédito.

Acesso ao Sumário

Condeno-o, ainda, a indenizar o dano moral, não no montante postulado, mas no de R$ 10.000,00 (dez mil reais), suficiente e adequado às peculiaridades do caso, o qual recebe correção da intimação do acórdão (Súmula 362, STJ), fluindo os juros de mora da citação, pois o caso é de responsabilidade civil contratual (Theotônio Negrão, "CPC e legislação processual em vigor", art. 293:5, pág. 437, Saraiva, 39ª ed.).

Presente o disposto na Súmula nº 326 do STJ, o réu pagará custas, despesas e verba honorária de 15% do total da condenação, abrangente do dano material e moral.

Ante o exposto, dou provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1130486-86.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MAPFRE SEGUROS GERAIS S.A., são apelados THYSSENKRUPP INDUSTRIAL SOLUTIONS LTDA. e SEW EURODRIVE BRASIL LTDA.

ACORDAM, em sessão da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com encaminhamento para jurisprudência. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26946)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS DIAS MOTTA (Presidente), MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 9 de novembro de 2023.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Ementa: SEGURO. Ação regressiva. Sentença de extinção do processo, nos termos do artigo 485, VI, do CPC. Apelo da autora. A ausência dos vícios alegados nos embargos de declaração não enseja seu não conhecimento, mas sua rejeição. Exclusão do polo passivo de Thyssenkrupp Industrial Solutions Ltda., referida na petição inicial como representante da corré Maerzs, que, de todo modo, não se representou por ela. Anote-se. Sub-rogação da autora nos direitos e ações da segurada (art. 786, CC). Sub-rogação legal (arts. 346, III, e 349, CC). Não transferência à seguradora da mesma posição contratual do segurado. Do contrato da segurada com a Maerz não participou a seguradora/autora e não há demonstração de que ela tenha tomado ciência ou concordado com os termos de resolução de eventual controvérsia por meio de arbitragem. Não se pode presumir essa ciência. O seguro era quanto à atividade de mineração. Não era específico para aquela parte do serviço em que teria havido a falha na máquina e o acidente causador dos danos. Assim, não se impõe à seguradora/autora a cláusula arbitral de contrato de que não participou. Eventual reconhecimento da aderência automática à cláusula arbitral pela seguradora violaria o Código Civil (art. 786, § 2º, do CC). Precedentes do C. STJ

Acesso ao Sumário

e deste E. Tribunal. Competência da Justiça Comum para o julgamento da demanda. Sentença anulada. Prejudicada, por ora, a análise da posição da corré Sew. Apelo provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, em razão da r. sentença (fls. 1464/1470), integrada pela r. decisão que não conheceu dos embargos de declaração (fls. 1489/1491), proferidas nos autos da ação que ajuizou em face de Maerz Ofendau Ag. e Sew Eurodrive Brasil Ltda., que julgou extinto o processo, nos termos do artigo 485, VI, do CPC, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformada, apela a autora (fls. 1494/1520), alegando, em síntese, que: não há fundamento para o não conhecimento dos embargos de declaração, diante da observância de todos os requisitos pela autora; a cláusula arbitral não se estende à ré Sew, porque não fez parte do contrato entre a segurada e a Maerz; a Sew tem responsabilidade extracontratual, diante de sua condição de fabricante, do que silenciou a r. sentença; não se sujeita à eleição de cláusula arbitral pactuada pela segurada, porque não se manifestou expressamente; a cláusula arbitral tem natureza personalíssima; não teve prévia ciência da cláusula arbitral; o seguro contratado não era específico para os serviços efetuados pela Maerz; nada pode prejudicar o pleno exercício do direito de regresso.

O preparo foi recolhido (fls. 1521/1522) e as rés apresentaram contrarrazões (fls. 1526/1544 e 1551/1557).

É o relatório.

Inicialmente, exclua-se do polo passivo Thyssenkrupp Industrial Solutions Ltda., referida na petição inicial como representante da corré Maerzs, que, de todo modo, não se representou por ela. **Anote-se.**

Fica afastado o não conhecimento dos embargos de declaração, porque eventual ausência dos vícios alegados enseja sua rejeição.

No mais, trata-se de ação regressiva ajuizada por Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A em face de Maerz Ofendau Ag. e Sew Eurodrive Brasil Ltda.

Na petição inicial, a seguradora sustentou que Imerys Rio Capim Caullim S/A firmou contrato de seguro de riscos operacionais, com vigência de 1º de janeiro de 2014 a 1º de janeiro de 2015, "*com a finalidade de garantir, até o limite da importância segurada contratada e de acordo com as condições contratuais do seguro, o pagamento de indenização ao próprio Segurado ou aos Beneficiários, por prejuízos comprovados resultantes da ocorrência de riscos*

Acesso ao Sumário

cobertos verificados com os bens objeto do seguro, consistentes em bens e/ou mercadorias inerentes ao ramo de atividade do Segurado" (fls. 2).

Alegou que a segurada é proprietária de uma mina de extração e que o sinistro ocorreu por quebra do "*Skip, recipiente com tampo de aberto projetado para o carregamento e transporte de carga, causando danos no redutor de velocidade, acoplamento, freio, cabos de aço, trilho e no próprio Skip*" (fls. 3).

No laudo de regulação do sinistro realizado pela Addvalora, a causa foi atribuída "*à falha no circuito elétrico/programação do travamento do freio em caso de sobrecarga no motor elétrico*" (fls. 6), no que concluiu a seguradora por "*um erro de programação no sistema de freios, bem como no próprio funcionamento das peças do motor, o que enseja a responsabilidade da MAERZ*", que forneceu o maquinário, "*e da SEW*", que fabricou as peças.

Ao contestar (fls. 1015/1036), a Sew alegou sua ilegitimidade passiva e, alternativamente, a ausência de responsabilidade, a inexistência de relação de consumo e a impertinência dos juros contados desde o desembolso.

A Maerz contestou (fls. 1092/1130), sustentando a existência de cláusula arbitral, a ilegitimidade ativa, a ausência de sua responsabilidade por lucros cessantes e, subsidiariamente, a ocorrência de prescrição, a ausência de responsabilidade pelo sinistro e a ausência de prova do pagamento à segurada.

Realmente, a autora, ao efetuar o pagamento da indenização à segurada, sub-rogou-se nos seus direitos e ações, nos termos do art. 786 do CC.

Trata-se de hipótese de sub-rogação legal (arts. 346, III, e 349, CC), que não transfere à seguradora a mesma posição contratual do segurado, porque, "*no momento em que recebe a prestação, o credor originário perde tal qualidade, de forma que não poderia transferir posição alguma*" (fls. 1409 - retirado de "*A sub- rogação prevista no art. 786 do Código Civil e a convenção de arbitragem celebrada pelo segurado*", Fredie Didier Jr. e Daniela Santos Bonfim, in Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 24/2020, p. 95-116, Jul-Set/2020). Vê-se que a relação entre seguradora e segurado decorre do contrato de seguro e a seguradora "*não ocupa posição na relação contratual 'segurada'*" (fls. 1411 - *idem*). Não se trata, portanto, de cessão de crédito.

No caso, o "*contrato para fornecimento de engenharia, licença, know -how, equipamentos e serviços de assistência técnica para um forno de cal vertical (PFR) Maerz com acendimento por coque de petróleo 600 tpd*", firmado entre a segurada, Imerys, e a ré, Maerz (fls. 704/730), previu que "*qualquer controvérsia que não possa ser resolvida amigavelmente será submetida à arbitragem de acordo com as Regras de Conciliação e Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio, Paris, e o foro de arbitragem será Paris, França*" (cláusula18.2, fls. 729).

De tal contrato não participou a seguradora/autora e não há demonstração de que ela tenha tomado ciência ou concordado com os termos de resolução de

Acesso ao Sumário

eventual controvérsia por meio de arbitragem.

Não se pode presumir essa ciência. O seguro era quanto à atividade de mineração. Não era específico para aquela parte do serviço em que teria havido a falha na máquina e o acidente causador dos danos.

Assim, não se impõe à seguradora/autora, ora apelante, a cláusula arbitral de contrato de que não participou.

Destaque-se excerto do artigo acima citado ("*A sub-rogação prevista no art. 786 do Código Civil e a convenção de arbitragem celebrada pelo segurado*", Fredie Didier Jr. e Daniela Santos Bonfim):

> *Analisa-se a hipótese em que, quanto à operação contratual "segurada", houve convenção de arbitragem, enquanto, no contrato de seguro, não se pactuou qualquer concordância ou aderência do segurador a tal convenção. Nesse caso, o segurador não exteriorizou a sua vontade para renunciar à jurisdição estatal, nem assumiu, posteriormente, posição de parte na relação jurídica contratual ("segurada") globalmente considerada. Reitere-se que a sub-rogação não significa cessão de posição contratual. Dessa forma, o segurador não é nem se torna parte do contrato "segurado", muito menos da convenção de arbitragem que lhe é relativa. Caracteriza-se, assim, como terceiro em relação à convenção de arbitragem, não titularizando o efeito próprio que lhe é decorrente.*
>
> *A circunstância de ser terceiro interessado no cumprimento de uma das relações eficaciais decorrentes do contrato não o torna parte do contrato, nem da convenção de arbitragem. Terceiro interessado não é parte contratual; continua sendo qualificado como terceiro.*
>
> *Por outro lado, inexiste norma do sistema que excepcione o princípio da relatividade dos efeitos contratuais (que se aplica, logicamente, e ainda com mais força, em razão das peculiaridades da jurisdição arbitral, às convenções de arbitragem) na hipótese em análise. Não se pode, assim, pretender reconhecer a eficácia direta da cláusula compromissória perante o segurador que dela não participou, nem no momento de celebração do contrato, nem posteriormente.*
>
> *É possível que, por meio de exteriorização de vontade própria, o segurador concorde com a convenção de arbitragem celebrada. Nesse caso, a renúncia à jurisdição estatal decorre do exercício do seu autorregramento, e não da sub-rogação prevista no art. 786 do Código Civil (LGL\2002\400).*
>
> *A sub-rogação legal não é fenômeno idôneo a fazer irradiar, perante o segurador, uma eficácia direta da convenção de arbitragem, com a qual não concordou, expressa ou tacitamente.* (fls. 1414)

Ademais, eventual reconhecimento da aderência automática à cláusula arbitral pela seguradora violaria o Código Civil, que afirma ser "*ineficaz qual-*

Acesso ao Sumário

quer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo" (art. 786, § 2º, do CC).

Continuam Fredie Didier Jr. e Daniela Santos Bonfim:

[...] no regime jurídico relativo às convenções de arbitragem e seus efeitos, também não se verifica preceito normativo do qual se possa extrair uma eficácia direta da convenção ao segurador sub-rogado. Ao contrário, o art. 3º da Lei 9.307/1996 (LGL\1996\72) estabelece que: "As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral." Não se excepciona o princípio da relatividade, nem mesmo para alcançar terceiros interessados que se sub-rogam em direito de crédito perante o devedor contratual.

A autonomia da vontade é a fonte da jurisdição arbitral, daí a razão de a convenção de arbitragem ser eficaz apenas em relação aos seus signatários ou a terceiros que tenham a ela aderido, expressamente ou por meio de comportamento concludente. (fls. 1416)

Nesse sentido, de que deve haver prévia ciência pela seguradora sub-rogada para a transmissão da cláusula arbitral, é o entendimento do C. STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. DANO EM CARGA. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURADORA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PACTUADA NO CONTRATO DE TRANSPORTE. SEGURO GARANTIA. CIÊNCIA PRÉVIA PELA SEGURADORA DO CONTEÚDO DO CONTRATO A SER GARANTIDO ANTES DA EMISSÃO DA APÓLICE. ART. 4º, § 2º, DA LEI N. 9.307/96. INAPLICABILIDADE. CONTRATO DE ADESÃO NÃO CONFIGURADO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. **A ciência prévia da seguradora a respeito de cláusula arbitral pactuada no contrato objeto de seguro garantia resulta na sua submissão à jurisdição arbitral, por integrar a unidade do risco objeto da própria apólice securitária, dado que elemento objetivo a ser considerado na avaliação de risco pela seguradora, nos termos do artigo 757 do Código Civil.**

2. Nos termos do entendimento desta Corte, o contrato de adesão possui como elementos essenciais a uniformidade, a predeterminação e a rigidez das cláusulas gerais elaboradas unilateralmente, bem como a indeterminação de possíveis aderentes em razão da proposta permanente e geral.

3. A circunstância de o contrato ser materializado por formulário e a existência de cláusulas padronizadas não implica a necessária conclusão de se tratar de contrato de adesão. Para tanto, cumpre esteja presente a característica de contratualidade meramente formal, vale dizer, que a parte

Acesso ao Sumário

não responsável pela prévia determinação uniforme do conteúdo do contrato tenha meramente aderido ao instrumento, sem aceitar efetivamente as suas cláusulas.
4. Hipótese em que o Tribunal de origem, soberano na análise do conteúdo fático e contratual, entendeu tratar-se de contrato paritário, em razão do significativo porte econômico da contratante do transporte internacional e do elevado valor do bem transportado, concluindo pela efetiva anuência à cláusula compromissória expressa no contrato.
5. Rever a inaplicabilidade do artigo 4º, § 2º, da Lei n° 9.307/96 ao contrato em debate esbarraria na vedação de análise cláusulas contratuais e reexame matéria fático-probatória (Súmulas 5 e 7/STJ).
6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na parte conhecida, não provido.
(REsp n. 1.988.894/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 15/5/2023.) (original sem grifos)
CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO. DANO EM CARGA DURANTE TRANSPORTE INTERNACIONAL. SEGURADORA. SUB-ROGAÇÃO. TRANSMISSÃO DO DIREITO MATERIAL. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. MATÉRIA PROCESSUAL. INOPONIBILIDADE À SEGURADORA SUB-ROGADA. CONVENÇÃO DE MONTREAL. SÚMULA 283/STF.
1. Ação regressiva de ressarcimento, ajuizada em 26/06/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 05/02/2020 e concluso ao gabinete em 08/09/2021.
2. O propósito recursal é decidir (I) se a cláusula de eleição de foro firmada entre a autora do dano e o segurado vincula a seguradora em ação regressiva na qual pleiteia o ressarcimento do valor pago ao segurado em virtude do dano na carga durante transporte internacional; e (II) se a Convenção de Montreal é aplicável à hipótese em julgamento.
3. De acordo com o art. 786 do CC, depois de realizada a cobertura do sinistro, a seguradora sub- roga-se nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano, nos limites do valor pago.
4. **O instituto da sub-rogação transmite apenas a titularidade do direito material, isto é, a qualidade de credor da dívida, de modo que a cláusula de eleição de foro firmada apenas pela autora do dano e o segurado (credor originário) não é oponível à seguradora sub-rogada.**
5. Tendo o acórdão recorrido decidido pela não aplicação da Convenção de Montreal na hipótese em julgamento, a falta de fundamentação pela recorrente quanto à aplicação da referida Convenção, sem indicar, por exemplo, em qual de seus dispositivos se enquadra a situação fática da

Acesso ao Sumário

presente demanda, enseja a incidência da Súmula 283/STF.
6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.
(REsp n. 1.962.113/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 25/3/2022.) (original sem grifos)
RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO - AÇÃO DE REGRESSO - SUB-ROGAÇÃO - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DO FORO - MATÉRIA PROCESSUAL - INOPONIBILIDADE AO SUB-ROGADO - AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA EM RELAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DO V. ACÓRDÃO RECORRIDO - INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DO ENUNCIADO N. 283 DA SÚMULA/STF - RECURSO NÃO CONHECIDO.
I - **O instituto da sub-rogação transfere o crédito apenas com suas características de direito material. A cláusula de eleição do foro estabelecida no contrato entre segurado e transportador não opera efeitos com relação ao agente segurador sub- rogado.**
II - Acórdão assentado em mais de um fundamento, sem que todos tenham sido objeto de impugnação. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 283/STF.
III - Recurso especial não conhecido.
(REsp n. 1.038.607/SP, relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 20/5/2008, DJe de 5/8/2008.) (original sem grifos)
Também há precedentes deste E. Tribunal, na mesma linha:
APELAÇÃO - Ação regressiva de reparação de danos. Sub-rogação da empresa seguradora em face das empresas que prestaram serviço de transporte marítimo. Carga a menor. Decisão de procedência. RECURSO DA CORRÉ Royal - **Cláusula de eleição de foro no contrato de afretamento, onde consta cláusula de Arbitragem, não se aplica à seguradora.** Precedente jurisprudencial. Desprovimento. Ilegitimidade passiva. Descabimento. Legitimidade da parte bem reconhecida. Desprovimento. Ausência de prescrição. Notificação judicial que interrompeu a contagem do prazo, iniciado no pagamento ao segurado. Entendimento jurisprudencial. Desprovimento. Transporte é obrigação de resultado. Inteligência dos arts. 749 e 750 do Código Civil. Sentença confirmada nos termos do art. 252 do RITJSP. RECURSO DA CORRÉ Fertimport - Cláusula de eleição de foro no contrato de afretamento, onde consta cláusula de Arbitragem, não se aplica à seguradora. Precedente jurisprudencial. Desprovimento. Ilegitimidade passiva. Descabimento. Transportador e agente de cargas são responsáveis pela contratação do transporte de cargas e mercadorias. Desprovimento. Sentença confirmada nos termos do art. 252 do RITJSP. PERDA DE MERCADORIA a granel correspondente

Acesso ao Sumário

a 1,6376913% da carga transportada. Perda considerada natural por se tratar de produto a granel. Percentual tolerável. Precedentes desta Corte. Decisão reformada. Recurso da Fertimport parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1008265-44.2017.8.26.0562; Relator (a): Flávio Cunha da Silva; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/09/2021; Data de Registro: 24/09/2021) (original sem grifos)

Seguro garantia de adiantamento de pagamentos - Ação monitória - Regressiva de cobrança - Demanda de seguradora subrrogada nos direitos de segurado - Sentença que reconheceu a falta de interesse de agir e julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC - Anulação do julgado - Cabimento - Inexistência de convenção ou de cláusula arbitral no contrato de contra-garantia ou nas apólices de seguro - **Cláusula arbitral existente no contrato de empreitada firmado pela tomadora do seguro que não produz efeitos em relação à seguradora** (*res inter alios acta*) - De rigor o retorno dos autos à origem para regular instrução do feito. Apelo da autora provido. (TJSP; Apelação Cível 1033973-27.2017.8.26.0100; Relator (a): Marcos Ramos; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 29ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/02/2020; Data de Registro: 21/02/2020) (original sem grifos)

Assim, a competência para o julgamento da demanda é da Justiça Comum e, porque a causa não está madura para julgamento, anula-se a r. sentença.

Em consequência, fica prejudicada, por ora, a análise da posição da corré Sew.

Destarte, deve ser anulada a r. sentença e os autos remetidos à origem para regular prosseguimento do feito.

Por fim, considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional ventilada nos autos, evitando-se, com isso, a oposição de embargos de declaração para este fim.

Anote-se a exclusão de Thyssenkrupp Industrial Solutions Ltda. do processo, pois foi apontada apenas como representante da primeira ré.

Ante o exposto, **dou provimento** ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Apelação Cível nº 1003655-21.2021.8.26.0650, da Comarca Valinhos, em que é apelante ORALCORP - SERVIÇOS ODONTOLÓGICOS INTEGRADA LTDA. (AM ODONTOLOGIA), é apelado PAULO EDUARDO RODRIGUES DE OLIVEIRA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.371)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente), DONEGÁ MORANDINI e VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 2 de outubro de 2023.

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade civil. Erro odontológico. Inadequação do tratamento realizado no Autor. Material esquecido na cavidade dental, quando da realização de tratamento de canal. Fato incontroverso. Necessidade de retratamento e extração do dente. Dano material e moral caracterizado. Dano moral bem arbitrado em R$ 6.000,00. Dano material a ser apurado, em sede de liquidação de sentença, pois deve ser restrito ao valor desembolsado pelo Autor, para a realização do tratamento, pela Ré, do dente nº 36. Sentença de parcial procedência reformada em parte. Sucumbência mantida à Ré, mas sem majoração dos honorários. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação de responsabilidade civil c/c indenização por danos materiais e morais, julgada procedente em parte pela r. sentença de págs. 110/114, cujo relatório adoto, para condenar a Ré ao pagamento de indenização por danos materiais em R$ 9.143,99, corrigidos monetariamente pela tabela prática do TJSP, desde o desembolso, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, além de danos morais, fixados em R$ 6.000,00, atualizados monetariamente pela tabela prática do TJSP e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, ambos a contar do arbitramento. Custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% do valor da condenação, pela Ré.

Apela a Ré (págs. 117/126) para alegar, em síntese, que jamais negou atendimento ao Autor e, na vigência do tratamento, procurou profissional estranho à relação, responsável pelo novo tratamento realizado e, assim, não teria sido estabelecido o nexo causal entre os problemas apresentados e o tratamento que ministrou. Afirma que o Autor alegou ter sofrido acidente doméstico que lhe causou a quebra dos dentes, que tiveram de ser extraídos, não por conta do tratamento ministrado, mas sim pelo acidente narrado e comprovado. Enuncia

Acesso ao Sumário

que, na instrução processual, foi suficientemente demonstrado que, após o tratamento de canal e de cáries e, após a intervenção de terceiro (dentista contratado pelo Autor), foram detectados o algodão e a lima em seu dente. Assevera restar claro que o tratamento de canal já tinha sido realizado e que o problema fora detectado no retratamento narrado, quando já tinha ocorrido a intervenção de profissional estranho à relação. Ademais, o exame de raio-x fora realizado após o problema, tratado por outro profissional, não antes. Ressalta que não ocorreu imperícia de sua parte. Alega que tinha o dever legal de solucionar o problema, o que foi ignorado. É certo que se admitem falhas na prestação de serviços que, por óbvio, não são intencionais. Reitera que não lhe foi possibilitado o tratamento corretivo, independente de sua culpa, como requerido, inclusive, na petição de págs. 105/106. Ressalta não ter ocorrido danos morais indenizáveis. Repisa que o CDC, conforme art. 18, dá à empresa o direito de aplicar o tratamento corretivo ao cliente, independente de estar provada ou não a sua culpa pelos danos experimentados, ou seja, não teve a possibilidade de reparar "possíveis" erros, na aplicação de seus serviços, observado que os materiais esquecidos foram verificados após o tratamento feito por profissional estranho à relação, no caso a Dra. Emanoelle. Alega que jamais se negou a solucionar o problema, não foi negligente, imprudente ou imperita, além de ter oferecido o tratamento corretivo, no entanto, o Autor optou por realizar tratamento com terceiro. Afirma que a extração do dente se deu por culpa do próprio Autor, que quebrou o dente em casa, por culpa própria e a fratura chegou à raiz do dente. Tece considerações acerca da banalização dos danos morais. Pugna pelo provimento do recurso, de modo a afastar a condenação por danos morais ou, alternativamente, pela redução do "quantum" indenizatório. Quanto aos danos materiais, pleiteia sejam excluídos da condenação os valores relativos à extração do dente, tratamento de canal e não acompanhamento do tratamento, tudo a ser apurado em regular liquidação de sentença. Formula prequestionamento.

Recurso recebido e processado (pág. 129). Preparo anotado (págs. 127/128). Contrarrazões ofertadas (págs. 132/138).

É o relatório.

A r. sentença de págs. 110/114 comporta parcial reparo, respeitado o convencimento de seu nobre prolator.

Em ação de indenização por danos materiais e morais, argumenta o Autor que contratou a Ré para a realização de procedimentos odontológicos, como tratamento de canal e cáries. Informa que, passado algum tempo do tratamento de canal, começou a sentir dores no dente nº 36. Ao retornar à clínica odontológica, foi identificado, pela dentista que o atendeu, o esquecimento de material no dente tratado (pedaço de lima e algodão), o que seria a causa das dores. Alega ter sido informado pela dentista, Dra. Emanoelle, que não tinha como retirar o material esquecido, sem extrair o dente. Informa ter procurado outro cirurgião

Acesso ao Sumário

dentista, que confirmou os fatos e realizou o tratamento adequado. Assevera que os fatos narrados geraram danos materiais e morais, a serem indenizados pela Ré. Pediu a condenação da Ré ao ressarcimento dos danos materiais, no importe de R$ 9.143,99, e ao pagamento de danos morais, no valor de R$ 20.000,00.

Assim apresentada a lide, tem-se que a Ré não refutou adequadamente as imputações contra ela realizadas pelo Autor, pois juntado, com a petição inicial, laudo emitido pela dentista da própria Ré, em que confirma a presença de material esquecido no dente nº 36 do Autor (págs. 29/30) e, em que pese o relatório indique que o paciente fraturou o dente após o curativo, o fato é que restou incontroverso o esquecimento de material na cavidade do dente, advinda de tratamento anteriormente realizado pela Ré.

Conforme bem enunciou a r. sentença (págs. 111/112): "*Assim sendo, é certo que a requerida realizou esse exame antes de proceder ao tratamento e é plausível afirmar que nenhum corpo estranho fora encontrado naquela oportunidade. Caso contrário, informaria o autor e retiraria o objeto, mesmo porque realizou um tratamento de canal no paciente, ou seja, um procedimento invasivo na cavidade dentária, que retira a polpa do dente, a parte interna da raiz, sendo impossível que não constatasse a lima e o algodão. Portanto, se a ré viu os objetos de tratamento antigo, obrigando-se a tratar o dente e não os retirou, errou; e, se não os viu, sendo especialista no ofício, só demonstrou a sua imperícia. Desse modo, resta evidente que foi a conduta da ré que causou o dano ao autor, devendo repará-lo material e moralmente, ficando aquele demonstrado pelos documentos de p. 31/36*".

O Apelado até possibilitou à Apelante o retratamento, mas a opção era desde logo pela retirada do dente, de forma que se mostrou ajustada e de todo possível sua conduta, de preferiu dar continuidade com outro profissional, de sua confiança, pois certamente aquela que tinha, em relação aos profissionais da Ré, ficou maculada (págs. 35/36). Resta à Apelante apenas a obrigação de reparar o dano a que deu causa, como consequência do serviço defeituoso que prestou, sem que seja relevante a tanto a posterior ocorrência de acidente, sofrido pelo Autor, que levou à extração daquele dente.

Nos termos do artigo 951 do Código Civil/2002, não basta ao ofendido demonstrar a lesão que lhe adveio do tratamento médico/dentário. A responsabilidade indenizatória fundamenta-se na culpa *in concreto* e não apenas na frustração do tratamento dispensado ao paciente.

No caso, contudo, restou demonstrado que a Ré, por seus prepostos, não procedeu ao adequado atendimento do Autor. A culpa do médico/dentista, pela natureza do contrato que firma com o cliente, somente será configurada quando os seus serviços tiverem sido prestados fora dos padrões técnicos. Por isso, o fato constitutivo do direito de quem pede indenização por erro médico se assenta no desvio de conduta técnica, cometido pelo prestador de serviços, o que

Acesso ao Sumário

restou comprovado no presente caso, pelo inadequado esquecimento de resto de lima e algodão na cavidade do dente, que deveria ter sido tratado em seu canal e não abandonado com resíduos, o que fatalmente levou ao retorno de dores e poderia ter consequências muito maiores, pela inflamação que poderia acometer o Autor.

Desse modo, correta a condenação da Ré ao pagamento de indenização por dano material, cujo valor dispendido deve ser comprovado em sede de liquidação de sentença, assim como caraterizado o dano moral, que ocorre *in re ipsa*, ou seja, sem que haja necessidade de prova de sofrimento intenso ou de situação vergonhosa suportada pelo ofendido. Acrescente-se que restou comprovado que, em razão do tratamento deficitário, e tentativa de retratamento, o dente do Autor ficou fragilizado e veio a fraturar, o que conduziu à única solução possível que seria a sua extração.

A condenação se justifica não só por ser necessário ao Autor ter de se submeter a novo tratamento odontológico, para correção do tratamento anteriormente realizado, de forma não eficaz, mas também pelas dores que teve de suportar, pela inadequação do serviço prestado pelo preposto da Ré.

O valor a ser a ele reembolsado, para a realização do tratamento, pela Ré, contudo, deve se subsumir ao que desembolsou para o tratamento do dente nº 36, que foi aquele em que verificada a inadequação dos serviços, de forma que não pode abranger os demais tratamentos realizados, com sucesso. O valor dos danos materiais, portanto, deverão ser adequados ao que for apurado a esse título, em fase de liquidação do julgado.

Tocante ao valor arbitrado a título de dano moral, enuncie-se que essa indenização deve ser fixada mediante prudente arbítrio do Juiz, de acordo com o princípio da razoabilidade, observados a finalidade compensatória, a extensão do dano experimentado, bem como o grau de culpa. Referida indenização pretende compensar a dor do lesado e constitui um exemplo didático para a sociedade de que o Direito repugna a conduta violadora, porque é incumbência do Estado defender e resguardar a dignidade do ofendido. Ao mesmo tempo, objetiva sancionar o lesante, inibindo-o em relação a novas condutas, e por isso, deve corresponder a um valor de desestímulo, que não pode ensejar enriquecimento sem causa, nem pode ser ínfimo, a ponto de não coibir a reincidência em conduta negligente.

Acesso ao Sumário

Esses princípios foram bem observados pela fixação realizada, no montante de R$ 6.000,00, pois considerada não só a frustração pelo tratamento, assim como diante da necessidade de extração do dente nº 36.

Os demais argumentos suscitados não são suficientes para infirmar os fundamentos acima enunciados para a solução da lide.

Apesar da pequena alteração do julgado, mantém-se a sucumbência como de responsabilidade da Ré, sem majoração dos honorários de sucumbência en-

tão arbitrados.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0005556-78.2004.8.26.0022, da Comarca de Amparo, em que é apelante/apelado IPORA EMPREENDIMENTOS E AGROPECUARIA LTDA. ANTERIORE CAMPTEL FAZEN, é apelado/apelante DI MONACO CONSTRUTORA LTDA.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Nelson Cavalcante da Silva.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 27.923)**

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

São Paulo, 7 de novembro de 2023.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Loteamento. Contrato para implantação. Ação de resolução contratual, cumulada com pedidos indenizatórios. Resolução do ajuste que não se controverte. Autora que não cumpriu integralmente as obrigações contratuais, assim de providenciar a documentação de base para implantação do empreendimento. Perícias de engenharia assentes nesse sentido. Acertada a condenação da autora ao pagamento da cláusula penal compensatória, posto que com juros a contar da intimação para resposta à reconvenção. Partes que devem ser repostas ao status quo ante. Ré que deve reembolsar à autora as despesas feitas e comprovadamente aproveitáveis, sob pena de enriquecimento sem causa. Valores ditos "compromissados" pela autora que não devem ser restituídos pela ré. Prova contábil que indicou sequer haver comprovação segura dos valores e da efetiva prestação de serviços. Descabida, ademais, a indenização suplementar requerida pela ré-reconvinte. Honorários revistos nos termos do Tema 1076 do STJ. Sentença em parte revista. Recursos parcialmente providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra sentença (fls. 2780/2787 e 2819/2821) que julgou parcialmente procedente ação, para o fim de condenar a ré a pagar à autora as quantias de R$ 289.227,08, com correção pela tabela deste Tribunal desde 01/08/2002, e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, e R$ 116.946,80, com correção pela tabela deste Tribunal desde 01/01/2003, e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação; e parcialmente procedente a reconvenção, para declarar válida a rescisão unilateral realizada pela ré-reconvinte e condenar a autora-reconvinda a pagar a multa contratual de R$ 100.000,00, com atualização pelo IPC-FIPE desde 27/02/1998, e acrescido de juros de mora, de 0,5% ao mês de 21/11/2001 até a entrada em vigor do CC/02 (11/01/2003) e, a partir de então, de 1% ao mês. As custas e despesas processuais da ação foram carreadas unicamente à autora (inclusive os honorários periciais, em sua integralidade), fixados honorários advocatícios de R$ 10.000,00; as custas e despesas processuais da reconvenção foram repartidas igualmente entre as partes (aqui não computados os honorários periciais), condenada a autora-reconvinda a arcar com honorários advocatícios de R$ 7.000,00, e a ré-reconvinte, de R$ 5.000,00.

Sustenta a ré, em sua irresignação (fls. 2824/2847), que foi condenada a arcar com as obras e serviços realizadas pela autora, mas que são defeituosas e inutilizáveis. Aponta que, de sua parte, teve de arcar com as despesas para contratação de novos profissionais para correção dos erros, além das respectivas demolições. Afirma que, realizada perícia de engenharia em ação cautelar de produção antecipada de provas, o perito identificou que as obras realizadas pela autora somam a quantia de R$ 289.277,08, pontuando, contudo, em esclarecimentos, que as obras e serviços que poderiam ser efetivamente aproveitados - terraplanagem, galeria e construção do alambrado - somavam apenas R$ 133.697,00. Remete, ademais, à perícia de engenharia realizada nesta ação, na qual o perito identificou que o registro e a maioria dos projetos não foram concluídos pela autora. Alega que, se as obras não são aproveitáveis, isso se dá por culpa única e exclusiva da autora, cujos vícios foram identificados nas perícias. Aduz inexistir concordância tácita de sua parte, dado que, nas reuniões realizadas, apenas se tratavam questões administrativas, e não a forma e qualidade das obras. Aponta que, tal como fixada, a condenação ensejará enriquecimento sem causa da autora, pelo que deve responder, apenas, por R$ 133.967,00. Assevera, no mais, que deve ser indenizada dos prejuízos que sofreu, em especial ante a degradação da terra e as despesas para desfazer e refazer as obras não aproveitáveis. Refere, nessa senda, o teor da cláusula 5ª, VI, do contrato, bem como as respostas aos quesitos 10, 11 e 12, ademais da necessidade de demolição da portaria. Argumenta, por fim, que descabida a fixação de honorários por equidade, afinal mensuráveis o valor da condenação ou do proveito econômico, pelo que a

Acesso ao Sumário

condenação deve atender aos parâmetros do art. 85, par. 2º, do CPC. Anota que, com o acolhimento do recurso e consequente integral procedência da reconvenção, apenas a autora deverá responder pelos respectivos ônus de sucumbência.

O recurso foi regularmente processado, ausente resposta, mas interposto apelo adesivo. Sustenta a autora, em sua irresignação (fls. 2859/2864), que não há prova de que deu causa à extinção do contrato, a tanto não bastando a notificação enviada pela ré. Afirma que, na verdade, foi a ré quem obstou a implantação do empreendimento. Alega que quando menos havida culpa concorrente, na qual ambas as partes agiram de modo a alcançar a rescisão. Aduz, assim, que deve ser afastada a imposição da multa contratual. Requer, caso mantida a condenação, que os juros de mora sejam contados da data de apresentação da reconvenção, e não da data da notificação, nos termos do art. 405 do CC. Assevera, no mais, que arcou com diversos custos para o lançamento do empreendimento, que devem ser ressarcidos pela ré. Aponta que o perito apenas apurou as despesas efetivamente havidas, não atentando, porém, aos gastos compromissados com terceiros. Indica que, de sua parte, não pode pagar aos terceiros sem ter recebido da ré os correspondentes valores. Postula, assim, seja a ré condenada, além do quanto já constante na sentença, ao pagamento dos serviços prestados e ainda não pagos, listados a fls. 2105, que totalizam R$ 1.222.024,14.

O adesivo foi regularmente processado e respondido (fls. 2874/2887).

É o relatório.

As partes firmaram, em 27/02/1998, "*contrato para implantação de loteamento*" em imóvel rural de propriedade da ora ré, Iporã Empreendimentos e Agropecuária (fls. 15/20). Pactuou-se, então, na cláusula 2ª, que o empreendimento seria desenvolvido pela autora Di Mônaco Construtora em três etapas, sendo ela a responsável por desenvolver "*todas as atividades necessárias e indispensáveis ao planejamento, implantação de lotes residenciais, hotel, restaurante, etc... conforme memorial descritivo*". Na cláusula 3ª, foram descritos todos os serviços, obras e projetos os quais a construtora se comprometeu a fazer (itens 'a' a 's'), por ela ou por terceiros contratados, estando a ré isenta de qualquer ônus. Nas cláusulas 4ª e 5ª previram-se, respectivamente, as obrigações da proprietária e da construtora.

Na hipótese de rescisão contratual, foi prevista, na cláusula 9ª, cláusula penal de R$ 100.000,00, nos seguintes termos:

"*Qualquer descumprimento ou violação de qualquer cláusula ou condição do presente ajuste, por qualquer das partes, possibilitará à parte inocente a imediata rescisão de pleno direito do presente contrato, por justo motivo, ficando obrigada a parte culpada no pronto pagamento de mula moratória ora estipulada em R$ 100.000,00 (cem mil reais), devidamente atualizada no momento do pagamento pela TR (Taxa Referencial), ou qualquer outro indico que venha a substituí-la, a ser paga sem prejuízo de eventual indenização por per-*

Acesso ao Sumário

das o danos, apurada judicialmente, se cabível, além do pagamento de todas as custas e despesas de eventual processo judicial, bem como de honorários advocatícios de sucumbência desde logo fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

Parágrafo único: o presente contrato é firmado em caráter irrevogável e irretratável, devendo as partes contratantes, respeitá-lo até o cumprimento de seu objeto, obrigando-se, ainda, ao mencionado cumprimento, seus herdeiros e sucessores a qualquer título."

Sucede que, havidas imputações recíprocas de descumprimento do contrato. Ajuizada a ação pela construtora, ela argumentou que, de sua parte, cumpriu as obrigações contratuais, notadamente a elaboração e protocolo de projetos e documentos exigidos pela legislação urbanística. Alegou, porém, que a ré se negou a fornecer a documentação necessária para a regularização, em especial assinar termo de compromisso com o Município, indispensável para a obtenção do alvará. Por tudo isso, a autora pleiteou a resolução do contrato e a condenação da ré ao pagamento da multa contratual, de perdas e danos, incluídos os valores gastos com cumprimento de prestações do contrato, e de lucros cessantes, referentes ao não recebimento dos lotes e dos respectivos produtos das vendas.

A proprietária do imóvel, de seu turno, afirmou que contratou, na verdade, a realização de um condomínio fechado, e não de um loteamento. Aduziu inclusive que, se se tratasse de loteamento, as obras e melhorias passariam a fazer parte do patrimônio do Município, com o que jamais concordou. Disse, assim, que a autora estava realizando um loteamento, em verdadeira confusão de conceitos, o que por si só já justificava a rescisão do contrato. Pontuou, de toda forma, que a autora descumpriu prazos, não havidas as devidas aprovações pelos órgãos públicos dentro do cronograma, bem como indicou arquiteta sem qualificação técnica para os projetos. Alegou, ainda, que teve de refazer os projetos e contratar outros profissionais. Por tudo isso, além de refutar as alegações contidas na inicial, a ré apresentou reconvenção, pleiteando, ademais da resolução do contrato, fosse a autora condenada ao pagamento da multa contratual, de indenização por perdas e danos e por lucros cessantes.

Acesso ao Sumário

Nesse contexto, após desenvolvida fase instrutória, vindos aos autos prova pericial de engenharia realizada em ação cautelar de produção de provas ajuizada pela proprietária Iporã Empreendimentos e Agropecuária (fls. 676/721 e 1097/1112), bem como realizadas, neste feito, perícias de engenharia (fls. 1608/1657) e contábil (fls. 2659/2694 e 2738/2742), o Juízo de origem julgou parcialmente procedente a ação e a reconvenção, reconhecendo a culpa da autora pela resolução do ajuste e discriminando os valores a serem pagos de parte a parte.

Tal o que, nesta instância, em boa medida se mantém, com reparos apenas pontuais nas condenações.

Com efeito, decretada a resolução do contrato, o Juízo de origem reconheceu que ela se deu por culpa da autora, não havido inadimplemento que se pudesse imputar à ré, inclusive à luz do art. 476 do CC. Por isso, a autora foi condenada ao pagamento da multa contratual de R$ 100.000,00, acrescida dos respectivos encargos.

Nesse contexto, não questionada a resolução do contrato pelas partes, a autora argumenta no apelo ora que não há prova de que tivesse dado causa ao encerramento da parceria, ora que havida culpa concorrente pelo insucesso na implantação do empreendimento. Fato é, porém, que ambas as asserções não medram, sendo acertada a sentença ao reconhecer sua culpa.

Nessa senda, a ré apontou que a autora fez confusão a respeito dos institutos do loteamento e do condomínio. E é bem verdade que, se no contrato consta expressa menção à implantação de um loteamento (fls. 15/20), no memorial descritivo consta a menção a condomínio (fls. 23/39). Porém, o fato é que, conforme demonstram as atas de reunião (fls. 504/507) juntadas pela autora, as partes dialogaram sobre mudar a natureza do empreendimento, inclusive havida expressa concordância em mudar de loteamento para condomínio fechado (fls. 506).

Seja como for, e mais relevante, o fato é que, independentemente da natureza jurídica do empreendimento - portanto fosse ainda um loteamento -, a autora não cumpriu suas obrigações contratuais para a implantação. Ainda na perícia realizada na ação cautelar, o *expert* concluiu que:

"*Ao analisarmos os referidos documentos apresentado ao Vistor Oficial, pode inicialmente corroborar em haver relevante lacuna técnica legal, pois 'todos' os projetos apresentados a este Vistor Oficial e encartados junto ao Anexo deste Laudo 'não' foram devidamente 'aprovados' pela 'Prefeitura Municipal de Amparo'.*

As referidas aprovações seriam uma 'conditio sine qua non' para implantação e execução (início) das obras, bem como, as referidas reformas e demolitórias junto às construções internas existentes à área objeto da perícia; efetivando a legalidade de seus registros junto ao Cartório de Registros de Imóveis da Comarca de Amparo.

(...)

Ou seja, não há qualquer projeto aprovado pela Municipalidade, e neste caso, qualquer obra que seja realizada sem as devidas aprovações, tornar-se-á 'irregular' passível de sanções legais pela sua clandestinidade"

O perito também identificou que os projetos foram assinados por arquiteta sem a devida qualificação técnica para tal:

"*Todos os projetos foram devidamente assinados e tendo como suas devidas responsabilidades técnicas a cargo de um 'arquiteto', fato relevante, pois o profissional devidamente habilitado com a matéria concernente 'arquitetura'*

Acesso ao Sumário

não tem qualificação profissional suficiente para se responsabilizar por projetos todos os projetos apresentados, ou seja, os projetos referentes à hidráulica (água e esgotos); recursos hídricos (hidrologia) e movimentação de terras e outros concernentes à matéria"

O *expert* também identificou que a autora só veio a obter as diretrizes da Prefeitura depois da assinatura do contrato, a despeito de no instrumento se prever que o memorial havia sido elaborado conforme essas diretrizes. A respeito, insistiu o perito ao afirmar que "*'não há' qualquer projeto 'aprovado' pela Prefeitura Municipal de Amparo, apenas 'diretrizes técnicas', assim sendo, as obras referentes a infra-estrutura do pretendido 'loteamento' 'não poderiam ser realizadas legalmente*'.

De mais a mais, o perito analisou as obrigações previstas na cláusula 3ª, impostas à ré, identificando e listando uma a uma as que foram cumpridas, não cumpridas, ou parcialmente cumpridas (fls. 710/712). Depois, cotejando as referidas obrigações com o cronograma previsto, expressamente anotou que "a *construtora não cumpriu com todos os prazos estipulados*" (fls. 715).

Pois, realizada a perícia de engenharia nos autos da ação principal, em complemento à prova da ação cautelar, outro perito, repisando o quanto externado na perícia anterior (fls. 1621), anotou que:

"*Em relação a aprovação perante a Prefeitura Municipal de Amparo, realmente não há qualquer documentação que na época tivesse o loteamento sido aprovado; contudo, verifica-se a existência de projetos realizados e protocolados para análise da Municipalidade (fls. 299/305 dos autos), sendo que esta expediu a Certidão de Diretrizes requerida pela Autora. Considerando a existência de serviços realizados focando a aprovação do loteamento, verifica-se que parte do trabalho (documentação de base) foi executado e salvo a necessidade de pequenos reparos devido às exigências dos órgãos competentes - já que Autora atentou-se para as diretrizes expedidas pela Prefeitura Municipal, S.M.J., entende-se como correto o recebimento de honorários pelos trabalhos até aquele momento realizados, indicados pelo Nobre Expert signatário da primeira perícia como 'itens cumpridos' e 'itens cumpridos parcialmente'.*"

Destarte, sendo a regularização da parte documental do empreendimento responsabilidade da autora (cláusula 3ª), ambas as perícias apontaram que houve o cumprimento apenas parcial de suas obrigações, de modo insuficiente a que se procedesse à implantação do empreendimento.

No mais, não se ignora asserção da autora, de que a ré se negou a assinar termo de compromisso junto à Prefeitura e que, por isso, não foi possível expedir o alvará. Sucede que, a uma, não demonstrou a autora que a ausência deste documento tivesse impedido o cumprimento, de sua parte, dos vários itens faltantes e identificados pelos peritos. E aqui reiterado que havido descumprimento do cronograma assumido, bem assim que era a construtora a principal

Acesso ao Sumário

responsável por efetuar todos os projetos e trabalhos técnicos para aprovação do projeto (cláusulas 3ª e 5ª). A duas, como bem pontuou o Juízo de origem, a autora já estava inadimplente quando surgida a questão da assinatura, atraindo a regra do art. 476 do CC.

Assim, por tudo isso, realmente acertada a resolução por culpa da autora, bem como a imposição, contra ela, da multa contratual. E aqui não cabível sua redução em função do parcial cumprimento das obrigações (art. 413 do CC), como abaixo melhor se verá, ademais de sequer requerida no apelo.

Apenas se anota, ainda com relação à multa, que os juros são devidos realmente a partir da citação ou, melhor, da intimação para resposta à reconvenção, afinal cuidando-se de responsabilidade contratual (art. 405 do CC), nesse único ponto acolhido o apelo da autora.

Pois, visto tudo isso, sabido que, como consequência da resolução do ajuste, as partes devem ser repostas no estado anterior, sob pena de enriquecimento sem causa. É sob essa premissa, tal como se fez na origem, que se devem pautar as restituições de valores à autora inadimplente.

Nessa linha, o perito contábil da ação cautelar, após realizar vistoria, quantificou obras e serviços até então feitos pela construtora, notadamente demolições, reformas, execução da portaria, alambrado, asfalto, galerias, limpezas e terraplanagem. Calculou, então, que o valor das obras executadas é de R$ 289.277,08 (fls. 710).

Ao prestar esclarecimentos, o perito reconheceu que nem todas as obras são aproveitáveis para futuro loteamento:

"*Haveria apenas o aproveitamento das obras de terraplanagem executadas como corte e aterro, porém, não compactado, como a atual situação demonstra (fls. 203/208 - fotos fls. 493495 e ilustrações em anexo). Também, aproveitam-se os alambrados e galerias junto aos alambrados. As demais obras são inaproveitáveis para fins de se implantar um futuro loteamento*"

As obras efetivamente aproveitáveis, então, foram orçadas em R$ 133.697,00.

Pois, a respeito, tem razão a ré, ao questionar a integral restituição determinada na sentença. Afinal, a despeito do dispêndio havido pela autora, parte das obras em nada aproveitará à ré. Tanto que, como refere, teve que contratar outros profissionais para seguir com o empreendimento. Assim, e sempre considerando que foi a construtora quem deu causa à resolução, não há enriquecimento sem causa da ré que justifique a devolução integral, pelo que devem ser devolvidas, apenas, as quantias referentes às obras efetivamente aproveitáveis.

No mais, realizada a segunda perícia de engenharia, na ação principal (fls. 1608/1657), o perito teve por objetivo apurar eventuais valores e serviços realizados pela autora porventura não computados no laudo da ação cautelar. A propósito, o *expert* reconheceu, de um lado, que "*as obras citadas na data da*

Acesso ao Sumário

perícia complementar foram todas contempladas no Laudo Oficial realizado pelo Perito Dr. Ricardo Rezende, pois o montante de serviços indicados naquele trabalho é equivalente as análises aqui realizadas".

O novo perito cuidou, então, apenas de examinar os valores passíveis de restituição referentes, somente, aos projetos (e não obras) efetivamente realizados. Isto é, calculou o perito quanto deveria receber a autora em função da elaboração parcial da documentação de base (vide o trecho de fls. 1621, já transcrito acima). Nesses termos, tomando por base tabelas próprias do conselho de classe, bem como o porte do empreendimento em questão e o número de lotes, o perito estimou o valor devido em R$ 116.946,80 (fls. 1654).

Em seguida, juntados inúmeros documentos pela autora - comprovantes de pagamento, recibos, notas fiscais, livros diários, contratos, dentre outros (fls. 1793/2097 e 2288/2591) - de modo a demonstrar as despesas que alegou ter suportado com a parcial implantação do empreendimento, foi realizada uma terceira perícia, a contábil (fls. 2659/2694 e 2738/2742). Conforme delimitado pelo perito contábil, "*o objeto da perícia, portanto, é a análise dos documentos apresentados, a fim de se apurar os valores gastos, alegados pela requerente/reconvinda, referentes à obra, objeto de contrato com a requerida/reconvinte*".

O perito contábil, após analisar detida e individualmente os documentos juntados, concluiu que a autora faria jus à restituição, quando muito, de R$ 84.420,62 (fls. 2691), a título de despesas com matérias de obra, taxas e guias de recolhimento, manutenção da fazenda e funcionários.

Pois, a respeito, o Juízo de origem condenou a ré a restituir a autora apenas os R$ 116.946,80 identificados na segunda perícia, reconhecendo que eventual condenação também nos valores da terceira perícia, ademais de se referirem a despesas internas da ré, resultaria em indevido *bis in idem*.

A ré não recorre desses capítulos da sentença, pelo que, de sua parte, nada há a rever. A autora, de seu turno, argumenta que há serviços realizados que também devem ser computados e indenizados, mas que sequer foram apreciados na terceira perícia. Indica, nessa senda, a relação de fls. 2291 (ou fls. 2105, quando ainda físicos os autos), que contém contratos firmados com terceiros. Diz a autora que são valores "*compromissados*", isto é, ainda não pagou tais valores a terceiros, que aguardam o desfecho da demanda para receber. Por isso, afirma que a ré deve arcar com o pagamento de R$ 1.222.024,14.

Pois, em primeiro lugar, novamente repisa-se que a autora foi culpada pela resolução. É dizer, a ela não cabe discutir perdas e danos, mas, quando muito, eventual devolução de valores para evitar enriquecimento sem causa da ré.

No mais, colhe-se que a terceira perícia, antes que ignorar, analisou expressamente a tabela de fls. 2291 (ou fls. 2105, quando ainda físicos os autos), identificando cada um dos contratos citados, então externadas as seguintes conclusões (fls. 2679/2681):

Acesso ao Sumário

"*Observa-se que, em relação a alguns contratos não constam valores, indicados com (*), tendo em vista que não há citação de valor do contrato, mas, que os valores seriam pagos mediante dação em pagamento com lotes da área, a respeito dos quais serão comentados a seguir;*

Não consta, nos autos, qualquer comprovação de que houve algum pagamento em relação a esses contratos, nem tampouco comprovação de que teria ocorrido dação em pagamento por conta de serviços prestados.

(...)

Em relação aos Contratos firmados com Eugênio Vieira Pellegrina, Bárbara Di Mônaco, José Tolloto e Nair Souza Mello, não foi possível identificar o valor contratado entre as partes, pois, conforme as cláusulas do Contrato que tratam sobre os pagamentos e/ou preços, o serviço prestado seria pago mediante 'dação em pagamento de lotes de terrenos do loteamento a ser executado na Fazenda Arcadas'

Quanto ao contrato firmado com a Florescer Agro-Ambiental, conforme a cláusula 2ª, o pagamento seria como segue: 'O custo total dos serviços citados é equivalente ao valor máximo obtido na venda de 01 (um) lote padrão do Residencial Arcadas, a ser pago no início das vendas dos lotes do referido loteamento' (fls. 300)"

A autora, inclusive, requereu esclarecimentos do perito, justamente, a respeito desses contratos (fls. 2703/2709). O *expert*, então, reiterou que ausente comprovação dos pagamentos e, a rigor, até dos valores de alguns contratos (fls. 2738/2742). Ademais, acrescentou que:

"*Desta forma, este Perito fez, sim, a devida abordagem sobre os citados contratos, porém, não pode certificar que os serviços foram efetivamente prestados. Os elementos fáticos sobre o assunto são os relatados retro.*

No corpo de sua manifestação, o Requerente descreveu fatos que teriam ocorrido em relação a cada um deles. Ocorre que se trata de alegações, sem comprovação fática. Veja- se, como exemplo, o caso relacionado ao prestador de serviços Florescer Agro-Ambiental (fls. 2506), no qual consta que 'o projeto foi executado e entregue com assinatura do proprietário folha n.o 279-299-300'', nele constando o valor de R$ 35.350,00. O documento de fls. 279 é uma planilha contendo nomes, número de lotes, descrição dos serviços e documentos. Apenas com base nessa planilha, este Perito não pode afirmar se houve o não a prestação do serviço. O doc. de fls. 299/300 é um contrato de Prestação de Serviços, firmado entre a Requerente e a empresa Florescer, em cuja cláusula de Preço e Forma de Pagamento não consta valor.

Por outro lado, a referida planilha de fls. 279 é citada como referência em relação a vários dos outros valores, aos quais este Perito não certificou por evidente falta de elementos factuais que o permitisse"

Destarte, devidamente apreciada a questão na perícia contábil, realmente

Acesso ao Sumário

descabe, aqui, determinar a restituição pleiteada pela autora, de mais de um milhão de reais, sem o respectivo lastro probatório. E anotado ser da autora o ônus de demonstrar não apenas o efetivo dispêndio e a real prestação de serviços - não comprovados, segundo o *expert* -, bem como se tudo isso

resultou, de fato, enriquecimento sem causa da ré proprietária.

Mais, se se argumenta que muitos desses contratos ainda sequer foram honrados em face dos terceiros, nem mesmo há, por ora, prejuízo a ser reembolsado pela ré. E aqui chamando atenção o fato de que, vinte e cinco anos passados desde que firmado o contrato entre as partes, a autora não narra eventuais demandas de cobrança pelos serviços alegadamente prestados.

Visto tudo isso, e agora com relação aos valores a serem pagos à ré, reitera-se que, já imposta e aqui mantida a multa contratual (R$ 100.000,00), a cláusula 9ª, transcrita acima, prevê a possibilidade de cumulação da cláusula penal com "*eventual indenização por perdas e danos, apurada judicialmente, se cabível*" (fls. 19). Sucede que, como sabido, eventuais indenizações adicionais demandariam a comprovação de que o valor acima indicado seria insuficiente para fazer frente a todos os prejuízos sofridos.

Afinal, se de um lado a cláusula acima indicada previu que a multa não prejudicaria a indenização por perdas e danos, é preciso que ela seja compreendida, mesmo considerada a data da contratação, mas assumindo-se tratar-se de direito então já disponível às partes, de acordo com o princípio, ao menos, do § único do art. 416 do Código Civil, que prevê que:

"*Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização,* ***competindo ao credor provar o prejuízo excedente***".

Com efeito, prevista a cláusula penal, ela serve como mínimo de indenização.

E, no caso, posto argumente a ré com quatro itens que lhe causaram prejuízos, entende-se acertada a sentença, não cabendo indenização suplementar àquela prevista contratualmente.

Nesse contexto, nos esclarecimentos prestados na ação cautelar (fls. 1097/1112), o perito anotou, em resposta ao quesito 10 (se a paralisação das obras e falta de manutenção gera prejuízos e degradação), que "*está havendo prejuízo e degradação junto à área da autora*". Sucede que a própria proprietária, no apelo, indicou que o valor ainda é de se apurar, sendo descabida a aferição em liquidação a esta altura, mais de vinte anos passados desde que a construtora deixou as obras. Depois, acode a constatação da sentença de que havidos outros fatores envolvendo a área, como mau cheiro oriundo de fábrica local, o que inclusive foi abordado nas reuniões entre as partes (fls. 504/507).

Quanto ao custo para remoção asfáltica (quesito 11), o próprio perito in-

Acesso ao Sumário

dicou que estava fazendo mera estimativa, porque tal cálculo não estava no escopo da prova. Ademais, não consta tenha a proprietária, de fato, efetuado tal dispêndio, tanto que remete ao percentual indicado no laudo. Seja como for, o valor então indicado - R$ 64.500,00 - não supera a multa já prevista no contrato.

Quanto aos custos para elaboração de novos projetos, o próprio perito anotou que "*a autora terá que contratar um responsável técnico somente para os projetos que queira corroborar ou refazer os projetos*". Novamente fazendo uma mera estimativa, de R$ 200,00 por lote, o perito alcançou o valor de R$ 52.200,00. Sucede que, novamente, não se sabe como e por quais valores a autora efetuou tal contratação, tanto que reproduz no apelo a estimativa do perito. Mais, antes que reais perdas e danos, tem-se aí providência que, a rigor, se insere em juízo de conveniência da proprietária, assim se economicamente viável ou não prosseguir na implantação do empreendimento, em caso positivo haurindo os benefícios resultantes dos investimentos que lhe cabem. E, bem nesse sentido, como se pontuou na origem, extinto o contrato com a autora, nada impede a ré de comercializar os lotes com outra empresa e auferir lucros com essa negociação.

Com relação às despesas para demolição da portaria, sequer há estimativa de seus valores, muito menos comprovação de seu dispêndio. Seja como for, tomando por base ao menos o valor apurado na primeira perícia para sua construção (R$ 6.823,20 - fls. 709), aí não se tem, novamente, verba que supere a indenização já contratualmente fixada.

Por fim, e a corroborar a rejeição do pleito indenizatório da ré, não se entende ser o caso, conforme antecipado, de redução da cláusula penal, e mesmo que de ofício, nos termos do art. 413 do CC. É dizer, o valor fixado se presta a indenizar os prejuízos sofridos pela ré.

No mais, com relação aos ônus de sucumbência, anote-se primeiro que o julgamento presente não altera substancialmente o decaimento das partes. Ou seja, persiste a sucumbência mínima da ré na ação principal, a justificar que os ônus sejam carreados apenas à autora; e persiste a sucumbência recíproca na reconvenção.

Quanto ao valor dos honorários, bem verdade que se vinha entendendo, nesta Câmara, pela impossibilidade, como no caso, de se tomarem os patamares previstos no art. 85, par. 2º, do CPC quando a verba honorária, calculada com base no valor da causa ou no proveito econômico, atingisse patamar excessivo. A este respeito, tive a ocasião de sustentar que:

"*Com efeito, sabido que, mesmo já à luz do CPC anterior, e posto se tratasse de ação condenatória, os percentuais do então parágrafo 3º do artigo 20 do CPC podiam ser desconsiderados, em favor da equidade, se de sua aplicação resultasse importe ínfimo ou, ao contrário, excessivo, como no caso (v.g.* ***STJ, AgRg no Resp. 817.928, j. 06.06.2006; Resp. 18.647, j. 11.11.1992; Resp.***

Acesso ao Sumário

954.841, j. 01.04.2008).

Pois não deve ser diversa a consideração diante da superveniência do atual CPC, ainda que diante da regra do parágrafo 8º do art. 85 da mesma normatização. Com efeito, do mesmo modo que se devem evitar os honorários ínfimos, como no preceito se assegura, igualmente o excesso não se pode conceber. Trata-se de real corolário da igualdade das partes e de seus procuradores no processo. Mais, se o critério é de equidade, como está no dispositivo, não se o pode supor apenas para elevar, não para reduzir, quando o caso, a verba honorária, a cujo pagamento se condena a parte vencida.

*Lembra José Rogério Lauria Tucci, mercê dos exemplos que cita, e além do recrudescimento da responsabilidade do advogado, que não pode prever o resultado da demanda - ao que acresce o próprio obstáculo, com isso, ao mais amplo e livre exercício do direito de ação do constituinte -, da possibilidade de que a aplicação literal do comando legal leve até ao arbitramento de honorários superiores ao benefício da parte, tudo para concluir, mesmo diante de julgamento recente da 2ª Seção da Corte Superior, que "o novo regime de sucumbência, estabelecido no Código de Processo Civil em vigor, não deve constituir obstáculo ao acesso à Justiça. Daí ser necessário o aprimoramento de um critério seguro, que contorne a interpretação literal da lei, para resolver questões excepcionais, a evitar condenações esdrúxulas, que inviabilizam o caminho da tutela jurisdicional, garantia constitucional assegurada a todo cidadão" (**CONJUR, 16.07.2019 -** https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/paradoxo-corte-honorarios- advogado-nao-podem-suplantar-beneficio-vencedor).*

Neste sentido, por evidente, não se desconhece o precedente representado pelo julgamento, na 2ª Seção, do ***Resp. n. 1.746.072, 13.02.2019, rel. p/ o acórdão o Min. Raul Araújo.***

Porém, ademais da própria divergência havida ao deslinde, veja-se que pouco antes, na véspera (e quando já se havia iniciado a discussão na 2ª Seção, interrompida por pedido de vista), a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim no âmbito da 1ª Seção, adotou orientação favorável à redução dos honorários, julgando o ***REsp 1789913 / DF, em 12.02.2019****, inclusive lembrando de outro princípio relevante à análise da questão, o da vedação de enriquecimento sem causa, além da isonomia, já antes citada.*

Enfim, tem-se hipótese que diz com a equidade, valor caro ao sistema, a cujo elastério não se conforma a previsão de que, em seu nome, os honorários possam ser elevados, mas não reduzidos. E isto de modo a atingir, em última análise, a situação da parte, que paga a honorária e que pode se ver na contingência de ter que suportá-los em importe maior, caso a aplicação do art. 85, par. 2º, do CPC leve a resultado ínfimo, mas sem o mesmo direito de discuti-lo para a redução, quando a incidência do mesmo preceito leve a resultado quantitativamente muito alto. Pior, com potenciais consequências inibitórias ao próprio

Acesso ao Sumário

direito constitucional de ação." (cf. **Ap. civ. n. 1010446-51.2019.8.26.0011, j. 31/08/2021**).

Sucede que, em julgamento concluído no último dia 16/03/2022, se veio a firmar, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e em julgamento de recurso repetitivo, entendimento contrário àquele acima, que se vinha adotando (**Tema 1076**). Ao que se vê, a Corte Especial do STJ assentou que a fixação dos honorários por equidade não é permitida quando e porque elevada a base de seu cálculo, assim o valor da condenação, da causa ou do proveito econômico, sendo imperiosa a observância dos parâmetros previstos nos pars. 2º e 3º do CPC/15, mesmo aqui se reconhecendo que ainda não publicado o acórdão do julgamento, porém público e que não pode ser desconsiderado.

Isto mesmo não se olvide que, em paralelo ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça, o próprio Supremo Tribunal Federal, inclusive pelo seu Pleno, adotava entendimento diverso, justamente o de que a fixação excessiva deve ser coibida, isto é, evitando-se arbitramento desproporcional. Confira-se:

"*O § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015 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. 3. Nas hipóteses em que se afigure alto o valor da causa em razão do proveito econômico pretendido pelo autor, é possível o arbitramento dos honorários sucumbenciais com base na equidade, notadamente no caso de parcial procedência da ação, afastando-se a incidência do § 6º do art. 85 do CPC/2015, quando, diante das circunstâncias do caso, o arbitramento dos honorários sucumbenciais vinculados a percentual do valor da causa gerar à parte sucumbente condenação desproporcional e injusta.*" (**ED na ACO 637/ES, rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, j. 14/06/2021**).

No mesmo sentido: **ED na ACO 1273/PR, rel. Min. Alexandre de Moraes, Pleno, j. 04/11/2020; ED no ED no AgReg na Reclamação 43869/MA, rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 24/09/2021; ED na ACO 2988/DF, rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. 18/02/2022.**

Porém, observado, de um lado, que os julgados do Supremo Tribunal Federal se deram em casos particulares e que, de outro, a tese firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o foi sob o regime dos recursos repetitivos, portanto em caráter vinculante, só resta curvar-se ao entendimento mais recente da Corte Superior.

Nessa senda, com relação à reconvenção, julgada parcialmente procedente, e condenada a autora ao pagamento da multa contratual, os honorários devem ser fixados em 10% do valor da condenação, à luz do entendimento da Corte Superior. Tal o que remunera de modo bastante os patronos da ré, considerados a complexidade da causa e o longo tempo de trâmite do feito, o qual, de todo

Acesso ao Sumário

modo, também influencia nos encargos da condenação.

Já quanto à ação, mantida a sucumbência maior da autora, anota-se que não há condenação em favor da ré. Ao revés, ela terá que devolver valores, posto que a título de retorno das partes ao estado anterior. De igual forma, sequer havia indicativos, na inicial, do alegado proveito econômico então almejado pela autora, que sequer veio a ser totalmente aferido ao longo do feito, dado que também se pleiteava indenização por lucros cessantes. E, considerando o reduzido valor dado à ação (R$ 2.000,00), o caso permite, assim, manter a fixação por equidade da origem (R$ 10.000,00).

No mais, não há litigância de má-fé da autora a reconhecer, ausente subsunção a quaisquer das hipóteses do art. 80 do CPC.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0017295-61.2011.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.C. DA S. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados O.Z. (FALECIDO) e M.A.Z.B.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 89418)**

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

São Paulo, 9 de novembro de 2023.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Petição de herança ajuizada por quem se apresenta como filho indesejado (incesto) e com registro falso para acobertar a ocorrência (teria sido registrado como filho da avó e não daquela que o concebeu copulando com o seu próprio pai). Exames inconclusivos de DNA realizado com material fornecido por parentes, sobrepondo probabilidades maiores para a exclusão da maternidade investigada, sendo necessário dispor que a ação judicial paralela (retificação de registro de assento para alteração da filiação materna) não é finalizada, apesar de tramitar há décadas, o que proíbe suspender para julgamentos conjuntos. Inadmissibilidade de, no contexto, reconhecer o esta-

Acesso ao Sumário

do de filho biológico e deferir parte da herança, devendo ser prestigiada a sentença de improcedência. Não provimento.

VOTO

Vistos.

Imperioso registrar a conveniência desse recurso ser apreciado quando julgada a ação 0001251-64.2011.8.26.0003, uma providência que convém afastar devido a morosidade da tramitação de tal expediente (retificação de assento de nascimento do autor da ação de petição de herança). Já se passaram doze anos desde o ajuizamento e os Juízes da 2ª e 3ª Vara de Família e das Sucessões do Foro Regional (Jabaquara) ainda discutem a competência e nada decidem em termos de julgamento de mérito. Considerando que já ocorreu a suspensão que é permitida pelo art. 313, V, "a", do CPC atual (por decisão de 18-11-2013 - fls. 185) a Turma Julgadora prioriza os claríssimos recados dos arts. 5º, LXXVIII, da CF e 6º do CPC e julga o recurso contra sentença de improcedência de petição de herança daquele que se diz herdeiro preterido, independente da decisão sobre status civil objeto de retificação. Embora a celeridade possa sugerir risco de precipitação, certas demoras necessitam ser ultrapassadas para que as críticas de uma justiça tardia não vinguem.

O apelante não se conforma com a sentença de fls. 427, proferida no Juízo da 3ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional III (Jabaquara) e maneja o recurso com o propósito de ser admitida a retificação da transmissão hereditária dos bens deixados por M.A.S.Z., porque a finada era sua genitora e não sua irmã, como constou dos dados oficiais, fato que veio a descobrir somente no ano de 2006. Apresentou dois registros de nascimento: o verdadeiro, que seria o primeiro (de 16-12-1946, no Cartório de São Manuel) no qual consta ser filho de M.A.S. (fls. 12) e o outro realizado em 19-7-1959, no Cartório de Carapicuíba (fls. 15) e que foi promovido pela avó materna para abafar a imoralidade do incesto (relação de M. com o seu pai S.). Sua mãe verdadeira casou-se em 1956, com O.Z. e veio a falecer em 18-3-1999 (fls. 17). Realizados exames de DNA os índices de testagem foram expostos (fls. 356 e 402), tendo o decisum considerado baixas as probabilidades da maternidade camuflada pela família, embora os exames excluíssem (por completo) a possibilidade de o apelante ser filho biológico daqueles que os registraram posteriormente (e que seriam os avós maternos).

É o relatório.

Como afirmou MARIA BERENICE DIAS ("Incesto e a síndrome da alienação parental", in A Família além dos mitos, Del Rey, Belo Horizonte, 2008, p. 142) "incesto existe e é o segredo de família mais bem guardado", Esse processo e o outro sobre nulidade de registro civil e que ainda caminha, desbloqueia uma

Acesso ao Sumário

relação incestuosa que teria ocorrido no começo do ano de 1946. Cabe respeitar a iniciativa do autor em busca da verdade, por ser incorporada ao direito de personalidade e isso o obriga provar o que alega (art. 373, I, do CPC).

Essa mexida no passado, para fins de incluir o autor na herança de M.A.S.Z., não autoriza exumação de corpo enterrado em março de 1999 (de M.A.S., que, depois de casada passou a ser M.A.S.Z.), porque os vestígios do incestuoso relacionamento desapareceram por completo por vontade dos envolvidos, uma eliminação que interfere com os prováveis direitos que o autor almeja reconhecer por conta de traços biológicos. Desenterrar defuntos para comparação de moléculas genéticas de restos mortais somente é justificado quando os herdeiros diretos do finado frustram a perícia sanguínea que aproximam os meios irmãos de sangue, recusando acesso aos materiais que permitem comparativos de descendência, como sucedeu no caso informado no site Migalhas n. 5701 (de 5-10-2023) sobre a exumação do pai de ex Presidente da República (RMS 67436 DF, relator Ministro Moura Ribeiro).

Ademais e por imperiosa necessidade de preservação da postura dos envolvidos sobre a suposta relação incestuosa que se buscou apagar da biografia dos mortos, é muito mais jurídico manter as relações institucionais espalhadas pelo segundo registro (o de Carapicuíba e que coloca o autor como filho de S. e S.) do que reativar a concepção que o primeiro registro não acusa, com certeza absoluta, ser fruto do incesto nunca admitido por familiares. O primeiro registro apenas certifica que o autor foi registrado como filho de M.A.S. e não filho de M.A.S. com o pai dela.

A reação instantânea que se faz ao examinar os acontecimentos informados obriga debater acerca de uma indagação: e se aqueles que registraram o autor como filho (na versão dele seriam os avós maternos) deixassem, ao falecerem, uma herança extraordinária capaz de enriquecer o herdeiro, será que o autor, ainda assim, intentaria ação para reviver o incesto com o propósito de partilhar os escassos bens que os dois filhos de M.A.S.Z. receberam? Essa é uma interrogação interessante e que encaminha para a resposta negativa (não, o autor não abriria essa cruzada porque o seu propósito materialista é incontroverso) e para estudo da influência da questão de posse de filho ou da relação socioafetiva e o inverso dela para fins de modificar uma partilha que, ao ser homologada, cumpriu os desígnios do art. 1784 do CC (*droit de saisine*).

Veja-se que, independentemente de ser verdadeira a afirmação do autor de que tomou ciência de ser filho incestuoso em 2006, não há como ignorar que durante 60 (SESSENTA) anos, o autor viveu como sendo filho legítimo de S. e S., conforme o registro de fls. 15, que o deu como nascido em 5-12-1946. Essa personificação concedida pelo segundo ato anulou, por completo, todos os efeitos do registro anterior (fls. 12), como nascido no dia 29-11-1946, filho de M.A.S. Embora existam dois registros e deva prevalecer somente um, não há

Acesso ao Sumário

certeza absoluta de que o primeiro teria sido preterido para que prevalecesse o segundo de conteúdo inverídico. Normalmente a decisão é sempre em favor da primeira personificação, caso não fique provada a sua insinceridade ou material fraudulento, o que não impede que se faça prevalecer o posterior para que se rejeite a pretensão de incluir o autor na herança de M.A.S.

Essa diretriz é tomada, em primeiro lugar, porque não está provado por exame DNA, testemunhas ou qualquer documento de eficácia probatória indiscutível, que o autor, ora recorrente, é filho biológico do seu avô materno e que, contra as leis humanas, engravidou a própria filha. O registro pioneiro apenas confirma que M.A.S. registrou uma criança como sua filha. O segundo registro personifica o autor como filho de S. e S., pessoas que assumiram a sua guarda, de fato e jurídica e que foram os responsáveis pela sua criação e desenvolvimento em verdadeiro estado de filho legítimo. Então e quando existe dúvida da eficácia do registro de nascimento como prova da filiação, recorre-se ao que se chama "posse de estado de filho legítimo", caracterizado por três elementos, segundo PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito de Família, Max Limonad, SP, 1947, vol. III, p. 59, § 211): "*nomen*: isto é, que o indivíduo use o nome da pessoa a que atribuiu a paternidade; *tratactus*: que os pais o tratassem como filho, e nessa qualidade lhe tivessem dado educação, meios de subsistência, etc. e *fama*: que o público o tivesse sempre como tal".

A leitura da obra do Ministro LUIZ EDSON FACHIN (Estabelecimento da filiação e paternidade presumida, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1992, p. 152) autoriza concluir que a posse de estado de filho exerce função conciliadora nos conflitos envolvendo filiação, porque estabiliza ou dá segurança de que aquele que exerce o papel de pai (ou mãe) demonstra publicamente a vontade sincera de aceitar o escolhido como filho. Termina o ilustre autor reconhecendo que uma vez bem provada a posse de estado de filho, deve ser acolhida ainda que sem previsão legislativa.

Essa situação (quem seria o homem da procriação biológica) é uma incógnita e, no que diz respeito ao *jus sanguinis* nenhum dos registros confere segurança absoluta. Pode ter ocorrido que M.A.S. manteve relação sexual precipitada e gerou filho na adolescência, sem que se apurasse a identidade do parceiro. Não é permitido afirmar, com total segurança, ser o autor filho de incesto, porque, embora S. figure como pai do segundo registro, não existe certeza ter engravidado a filha M.A.S. De qualquer modo, o segundo registro é que produziu realidade de vida por mais de sessenta anos, o que permite dizer que no plano da socioafetividade, a mãe do autor sempre foi de S.B.S., esposa de S.A.S.

A afetividade, que remonta que remonta desde a concepção e que na opinião de CUNHA GONÇALVES torna a posse de estado de filho mais eloquente (Tratado de Direito Civil Português, Coimbra Editora, 1939, vol. II, p. 225) conquistou contornos de vínculo para reconhecimento de parentesco e consa-

Acesso ao Sumário

gração de direitos, conforme anunciado pelo STF no RE 898.060 SC. No STJ e pela decisão do Ministro Luis Felipe Salomão (AgInt nos Edcl nos EAresp. 1381396 GO, DJ de 9-8-2022, os requisitos para reconhecimento da filiação socioafetiva são claros e transparentes quanto ao peso do elemento subjetivo (querer e proceder como pai e filho): "**A comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar - prevista no artigo 42, § 6º, do ECA - deve observar as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. Precedentes**."

Em outro julgamento o STJ, pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, deixou consignado (Resp. 1867308 MT, DJ de 11-5-2022) o seguinte:

"**A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos.**

A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho, restou atestada pelo juízo primevo, cuja sentença merece ser restabelecida."

Portanto e não confirmada a filiação biológica que o autor afirma ser a traumática origem de sua concepção (incestuoso), prevalece, para todos os fins de direito, a filiação socioafetiva mantida pelo segundo registro e que impede que se altere a partilha realizada pela morte de M.A.S.

Isto posto, nega-se provimento, majorados os honorários para R$ 2 mil reais, em virtude do art. 85, § 11º, do CPC, respeitados os favores da gratuidade judiciária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009226-92.2022.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante RAQUEL SILVA MENDONÇA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28766)**

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

São Paulo, 13 de novembro de 2023.

HELIO FARIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Sentença de improcedência. Insurgência da autora.
RELAÇÃO DE CONSUMO. Inversão do ônus da prova. Descabimento. Ausência de verossimilhança nas alegações autorais.
AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. Compete ao Juízo, a requerimento ou de ofício, determinar a realização das provas que entenda necessárias. Sentença pretérita que foi anulada em sede recursal, para determinar a intimação pessoal da autora para comparecimento à audiência de instrução e julgamento. Com o retorno dos autos, o Juízo determinou a diligência por oficial de justiça. Endereço não localizado pelo meirinho, conforme detalhada certidão. A certidão do oficial de justiça é dotada de fé pública. Juízo que, por cautela, determinou que a autora trouxesse croqui detalhado e/ou fotos a fim de viabilizar a diligência, auxiliando o oficial de justiça. Autora que ciente da audiência e sem nenhuma lhaneza, disse que não ia cumprir a determinação. Descumprimento ao dever de cooperação. Inteligência do art. 6º do CPC. Juízo que por cautela, mesmo sem a boa vontade da autora, redesignou a audiência, determinando nova carta intimação para a requerente. Aviso de recebimento que corroborou a informação do oficial de justiça. Validade da intimação. Autora que pretendeu que o Juízo se declarasse suspeito, sem se valer do que dispõe os artigos 145 e 146 do CPC. As sucessivas manifestações da requerente, por seu patrono, evidenciam que ela não tinha interesse em sua intimação pessoal, para que comparecesse à audiência de instrução e julgamento. Validade da intimação para a audiência de instrução e julgamento na qual a autora não compareceu, aplicando-se o disposto no §1º do art. 385 do CPC. Ao admitir a relação jurídica, adimplente com sua obrigação, a autora não teria dificuldades de trazer aos autos os comprovantes de pagamento. Dúvida que poderia ser dirimida na audiência de instrução e julgamento à qual não com-

Acesso ao Sumário

pareceu, embora com ciência inequívoca. Pleito que beira a litigância de má-fé. A insuficiência probatória não pode ser suprida pelo instituto da responsabilidade objetiva, porquanto não fica o autor eximido do ônus de comprovar minimamente fato constitutivo de seu direito, conforme preceitua o artigo 373, I, do Novo Código de Processo Civil. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 260/265, que julgou improcedente o pedido, condenando a requerente ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

A autora apela.

Diz que o Juízo designou audiência de instrução para a oitiva da apelante, tendo ela se manifestado, afirmando que a relação jurídica é fato incontroverso, inexistindo questionamento sobre "*avanço de valores*". Discutir-se-ia apenas a "*exigibilidade do valor específico de R$196,53 levado a registro*".

Afirma "*correta interpretação da causa de pedir da petição inicial e nenhuma dúvida ou suposto ponto controvertido é suscitado*".

Aduz que o Juízo manteve a audiência designada, sem se manifestar sobre "*supostos pontos controvertidos*" já esclarecidos pela recorrente.

Diz que como não foi intimada pessoalmente acerca da audiência, a sentença foi anulada para esta finalidade.

Assevera que "*por motivos estranhos e não sabidos*" não foi citada em seu endereço, tendo o Juízo apenas repetido sentença anterior, no sentido de que "*a parte não compareceu na nova inútil audiência realizada, de modo que a pena de confissão deveria ser aplicada...*".

Afirma "*implicância pessoal do magistrado em desfavor deste patrono*".

Sustenta nulidade da sentença porque não foi intimada pessoalmente acerca da audiência designada.

Diz que não existia motivo para que fosse designada a audiência de instrução com a colheita do depoimento pessoal.

Alega ter confessado a relação jurídica na petição inicial e afirma que se considera adimplente perante o recorrido.

Menciona a garantia constitucional do acesso à justiça e diz que o recorrido não comprovou a regularidade do débito (fls. 277/286).

Recurso isento de preparo, tempestivo e respondido (fls. 296/303).

O apelado manifesta interesse em sustentar oralmente as teses recursais (fl. 308).

É o relatório.

Adota-se o relatório da sentença:

Raquel Silva Mendonça ingressou com ação de indenização por danos morais cumulada com pedido de tutela antecipada e inexigibilidade de débito em face de BANCO BRADESCO S.A., alegando, em síntese, que foi surpreendido com a negativação em seu nome promovida pela ré referente aos contratos de nº 479224378000054fi, no valor de R$ 196,53.

Narrou que buscou informações do réu e não obteve êxito, e que, em razão dos apontamentos, sofreu danos morais, os quais estimou em R$ 40.000,00, pugnando, ainda, pela baixa de seus dados junto aos órgãos de restrição ao crédito. Juntou documentos.

Por decisão de folhas 30/32 foram deferidos os benefícios da assistência judiciária gratuita em favor da parte autora e determinada a realização de pesquisas históricas das anotações registradas em nome da requerente nos últimos cinco anos, cujas respostas foram colacionadas às folhas 37/40.

Citada, a parte ré ofertou contestação. Preliminarmente, pugna pela remessa dos autos ao NUMOPEDE. Disse que agiu no exercício regular de seu direito e que a parte autora é devedora, razão pela qual houve a escorreita inscrição da dívida no cadastro de inadimplentes.

Juntou documentos.

Sobreveio réplica.

O processo foi saneado, sendo designada audiência de interrogatório constando a ausência do autor.

O presente feito foi sentenciado às folhas 148/152, sendo a sentença anulada em sede de acórdão de folhas 185/191 para que a autora fosse pessoalmente intimada para a participação da audiência.

A parte autora foi devidamente intimada tanto por oficial de justiça (fls. 218) como via postal (fls. 240), retornando infrutífera em razão do endereço não existir.

Intimada a comprovar a existência do endereço por decisão de folhas 232, a parte autora apenas pugnou pela declaração de suspeição do juízo (fls. 235).

Designada audiência de interrogatório, novamente foi constatada a ausência da parte autora" (fls. 260/261).

Tratando-se de relação de consumo, convém esclarecer que é a vulnerabilidade reconhecida no inciso I do art. 4º da Lei 8.078/90 que justifica a proteção do consumidor em questão de prova.

Observe-se, porém, que a inversão do ônus da prova não é automática. É imprescindível a verossimilhança das alegações do postulante, conforme artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A autora questionou a legalidade da negativação de seu nome, com relação ao contrato identificado pelo número 479224378000054FI, vencido em 14/10/2021, incluído em 24/11/2021, no valor de R$196,53.

Acesso ao Sumário

Com a contestação, o réu juntou prints de seu sistema interno (fls. 102/109).

Após a réplica (fls. 113/117), o Juízo rejeitou a impugnação à justiça gratuita e designou a produção de prova oral, em teleaudiência, para depoimento pessoal da autora (fl. 127).

Determinou a intimação da demandante pelo Diário da Justiça Eletrônico, com a advertência de que seriam presumidos confessados os fatos contra ela alegados caso não participasse da audiência designada (fl. 128).

A autora afirmou que as partes não pugnaram pela produção de provas. Disse que os esclarecimentos poderiam ser prestados por seu patrono.

Afirmou que "*houve relação jurídica entre as partes*" e que "*não há nenhuma discussão sobre supostos valores inadimplidos, haja vista que ela se considera totalmente adimplente perante o réu*".

Alegou que os documentos colacionados pelo réu não comprovavam a dívida.

Alegou não possuir aparelho virtual que lhe permitisse participar de "*audiência de interrogatório*".

Pugnou pelo cancelamento do ato designado e o julgamento do feito (fls. 134/135).

O Juízo manteve a audiência designada (fl. 136), mas a autora e seu patrono não compareceram (fl. 146).

Sobreveio, então, o decisório monocrático combatido, que aplicou a pena de confesso à requerente que, intimada, não compareceu à audiência de seu interrogatório.

Ao apelo interposto pela autora fora dado provimento, com a anulação da sentença e determinação de sua intimação pessoal para o comparecimento na audiência de instrução e julgamento, na forma do art. 385, §1º, do CPC (fls. 185/191).

Com o retorno dos autos ao Juízo, designou-se audiência para o dia 1/3/2023, de forma presencial (fl. 202). Entretanto, o endereço não foi encontrado pelo oficial de justiça, conforme detalhada certidão lavrada no dia 12/2/2023 (fl. 218).

Acesso ao Sumário

A autora, por seu patrono, se manifestou, ciente da certidão de fl. 218, afirmando que "*nenhuma intimação aconteceu*".

Nada esclareceu naquela petição inicial, acerca do endereço da requerente, pugnando pelo julgamento antecipado da lide (fl. 222).

O Juízo, em fundamentada decisão, declarou válida a intimação, acrescentando que a autora "*também foi intimada na figura de seu patrono, o que certamente assegurará seu devido comparecimento pessoal à audiência*" (fl. 223).

A autora insistiu no fato de que o endereço informado estava correto e repetiu que "*nenhuma intimação aconteceu*".

Pugnou pelo julgamento antecipado da lide e, subsidiariamente, que o Juízo se declarasse suspeito para o julgamento da lide (fl. 225).

Juntou fatura de energia elétrica (fl. 227).

O Juízo, por cautela, suspendeu a realização da audiência designada, concedendo prazo para que a autora trouxesse "*croqui detalhado e/ou fotos com o objetivo de propiciar ao Sr. Oficial de Justiça a efetiva localização do endereço*" (fl. 232).

A requerente, afirmou que "*não possui documento nesse sentido e nem mesmo é capaz de produzi-lo, uma vez que não se trata de engenheira, arquiteta, geóloga ou pessoa de profissão similar*".

Insistiu no pedido de julgamento antecipado ou que o juízo se declarasse suspeito para o julgamento (fl. 235).

O Juízo, então, redesignou a audiência para o dia 30/05/2023, de forma presencial, determinando a expedição de nova carta para a intimação pessoal da requerente (fl. 236).

Sobreveio aviso de recebimento com a informação de que "*não existe o número*" (fl. 240).

O Juízo observou que "a correspondência de folha 238 foi enviada para o mesmo endereço indicado pela autora como sendo o de sua residência, e a informação dos correios apenas corrobora que o Sr. Oficial de Justiça há havia certificado à fl. 18".

Declarou válida a intimação e determinou o aguardo da realização da audiência (fl. 243).

A autora afirmou que o endereço está correto, insistiu no julgamento antecipado do feito ou a declaração de suspeição do juízo (fl. 246).

Na audiência de instrução e julgamento compareceram somente o preposto do réu e sua patrona (fl. 225).

Em seguida, sobreveio o decisório monocrático combatido (fls. 260/265), que não comporta adequação.

Se o Juízo entendeu que os elementos trazidos não eram suficientes para exaurir a atividade cognitiva das questões, pertinente a realização da audiência de instrução e julgamento. O exaurimento da instrução não é prerrogativa das partes.

Válida a intimação da autora para que comparecesse à audiência de instrução e julgamento.

Assegurando-se o devido processo legal, a primeira sentença prolatada neste feito foi anulada, determinando-se a intimação pessoal da demandante, na forma do art. 385, §1º, do CPC.

Com o retorno dos autos ao Juízo, determinou-se a intimação pessoal da demandante, mas o endereço não foi localizado, conforme detalhada certidão lavrada pelo oficial de justiça (fl. 218).

Acesso ao Sumário

O Juízo, por cautela, determinou que a autora trouxesse croqui detalhado e/ou fotos a fim de viabilizar a diligência, auxiliando o oficial de justiça (fl. 232).

E conforme ressaltou o Juízo, a certidão do oficial de justiça é dotada de fé pública.

Mas a autora, ciente da audiência e sem nenhuma lhaneza, disse que não ia cumprir a determinação (fl. 235).

Ressalta-se que não é necessário ser um profissional qualificado na área da engenharia, arquitetura ou geologia para extrair uma fotografia do local no qual pretendia a diligência.

E conforme art. 6º do CPC, "*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*".

Por cautela, o Juízo, mesmo sem a boa vontade da autora, redesignou a audiência, determinando nova carta intimação para a requerente (fl. 236).

E o aviso de recebimento apenas corroborou a informação do oficial de justiça, que não localizou o número indicado pela requerente (fl. 240).

E declarou válida a intimação (fl. 243), vindo a autora, seguindo seu *modus operandi*, requerer que o Juízo se declarasse suspeito (fl. 246).

Se a autora possuía conhecimento de algum fato que tivesse o condão de acarretar a suspeição do Juízo, deveria ter procedido conforme lhe faculta os artigos 145 e 146 do CPC.

As sucessivas manifestações da requerente, por seu patrono, evidenciam que ela não tinha interesse em sua intimação pessoal, para que comparecesse à audiência de instrução e julgamento. Insistia no julgamento do feito. Mas como dito, reconhecer o exaurimento da instrução processual não é prerrogativa da parte. Conforme art. 385, o Juízo pode ordenar o depoimento da parte de ofício.

Válida a intimação para a audiência de instrução e julgamento na qual a autora não compareceu, aplicando-se o disposto no §1º do art. 385 do CPC (fl. 255).

Conforme concluiu o Juízo, "a ausência faz com que se presumam verdadeiras as alegações do réu. Deveria a autora ter comparecido ao ato e prestado esclarecimentos a respeito do uso do cartão e da negativação em si. Não há qualquer documento hábil nos autos a afastar a presunção de veracidade das alegações da parte ré" (fl. 263).

De se ressaltar, ainda, que a autora admite a relação jurídica com o réu, mas considerar-se-ia adimplente com sua obrigação (fl. 134).

Disse que a negativação advinha do contrato 437224201, tratando-se de renegociação de dívida (fl. 51).

Ao admitir a relação jurídica, adimplente com sua obrigação, a autora não teria dificuldades de trazer aos autos os comprovantes de pagamento.

E se dúvida pairasse, poderia ser dirimida na audiência de instrução e

Acesso ao Sumário

julgamento à qual não compareceu, embora com ciência inequívoca.

A insuficiência probatória não pode ser suprida pelo instituto da responsabilidade objetiva porquanto não fica o autor eximido do ônus de comprovar minimamente fato constitutivo de seu direito, conforme preceitua o artigo 373, I, do Novo Código de Processo Civil.

O pleito autoral beira a litigância de má-fé.

O prequestionamento de normas constitucionais e infraconstitucionais fica atendido nas razões de decidir deste julgado, o que dispensa manifestação pontual acerca de cada artigo aventado.

De resto, não se negou vigência a qualquer dispositivo normativo aduzido, uma vez que o julgador não é obrigado a responder a todos os argumentos das partes, porém a expor a sua compreensão acerca do tema e proceder à correspondente fundamentação (art. 93 da Constituição Federal).

Daí porque se impõe a integral manutenção da r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, aqui adotados em complemento aos do presente voto.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, em virtude do trabalho adicional realizado em fase recursal, fica majorada a verba honorária fixada em primeira instância em cinco pontos percentuais, com observância ao disposto no §3º do art. 98 do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009543-31.2022.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes JULIANA REZENDE PERIN BUONO e EDUARDO PIZZONI BUONO, é apelado SPE WGSA 02 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A.

ACORDAM, em 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.868)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARANTES THEODORO (Presidente) e MILTON CARVALHO.

São Paulo, 23 de novembro de 2023.

WALTER EXNER, Relator

Ementa: Apelação. Compromisso de compra e venda de imóvel. Atraso no prazo de entrega. Fato incontroverso. Alegação de caso fortuito ou força maior de-

corrente dos efeitos da pandemia da Covid-19. Não ocorrência. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça envolvendo o mesmo empreendimento. Dano moral não configurado. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos,

Trata-se de ação de rescisão contratual c.c. indenizatória ajuizada por Juliana Rezende Perin Buono e Eduardo Pizzoni Buono em face de Spe Wgsa 02 Empreendimentos Imobiliários S/A, que a r. sentença de fls. 374/382, de relatório adotado, julgou improcedente.

Inconformados, recorrem os autores alegando, em suma, que o site do STJ revela a existência de 48 decisões contra a mesma empresa requerida, todas reconhecendo o atraso na entrega do empreendimento por culpa da apelada. Aduz, ainda, a existência de mais de 800 processos contra a apelada. Requer a devolução integral dos valores pagos, além de danos morais no importe de R$ 20.000,00.

O recurso foi contra-arrazoado pela parte adversa e encaminhado a este Tribunal.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

De acordo com a iicia, as partes firmaram compromisso de compra e venda de cota parte de uma unidade no empreendimento "*Solar das Águas Park Resort*" pelo preço de R$ 50.153,04, não tendo sido o empreendimento entregue no prazo contratualmente previsto com termo final para **30.05.2021**, já com o prazo de tolerância de 180 dias, fato reconhecido em diversos precedentes envolvendo o mesmo empreendimento. Aduzem que passaram a arcar integralmente com as taxas condominiais, além das parcelas mensais fixas, mas não conseguiram usufruir dos 21 dias prometidos, pois era a ré quem escolheria os dias disponíveis, insistindo na devolução integral dos valores pagos, além de danos morais no importe de R$ 20.000,00.

Acesso ao Sumário

A versão foi refutada pela ré em contestação ao impugnar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, vez que a destinação do empreendimento é de hotelaria/resort e que o sistema de *time sharing* ou multipropriedade é uma forma de ampliar o potencial de uso dos bens imóveis, sendo o negócio jurídico entabulado entre as partes de forma válida e eficaz. Sustenta que o prazo de entrega do empreendimento era de 60 meses, ao qual deveria ser somado 180 dias úteis de tolerância, não sendo o prazo cumprido por força da pandemia da Covid-19, configurando-se caso fortuito ou força maior, inexistindo culpa pelo atraso na entrega das obras, restando rompido qualquer nexo causal entre o dano e a conduta do agente.

Com efeito, conforme já decidiu este E. Tribunal em casos análogos, envolvendo o mesmo empreendimento, eventuais dificuldades de prosseguimento das obras decorrentes dos efeitos da pandemia configuram verdadeiro fortuito interno da atividade exercida pela ré, sendo insuficiente para elidir a mora.

Nesse sentido, aliás, dispõe a Súmula 161 deste E. Tribunal de Justiça: "*não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram 'res inter alios acta' em relação ao compromissário adquirente*".

Igualmente, anoto os seguintes arestos referentes ao mesmo empreendimento.

"Ação de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel. Anulação da sentença que não se justifica. Atraso na entrega da obra. Prazo de tolerância máximo é de 180 dias corridos. Pandemia COVID-19. Caso fortuito ou força maior. Inocorrência. Atividades de construção civil que não foram suspensas ou limitadas, tendo até apresentado crescimento mesmo durante a quarentena. Risco da atividade, ademais, que é do incorporador. Culpa exclusiva da promitente vendedora caracterizada. Cabimento da integral devolução dos valores pagos. (...) Juros de mora devidos a partir da citação. Recurso não provido" (Apelação Cível 1046058-69.2022.8.26.0100; Relator: Arantes Theodoro; 36ª Câmara de Direito Privado; j. 30/06/2023).

"Ação de indenização por perdas e danos com pretensão de fixação de lucros cessantes e reparação por danos morais - Aquisição de unidade imobiliária - Atraso na conclusão das obras do empreendimento Solar das Águas - Preliminar de cerceamento probatória rejeitada - Suficiência da prova documental integrante dos autos para a solução da questão controvertida - No mérito, atraso na conclusão da obra, por culpa da ré - Mora caracterizada - Ausência de evento de força maior ou fortuito em razão da Pandemia - Causas que não elidiram a mora - Possibilidade de fixação da indenização por lucros cessantes decorrentes do atraso no imóvel, consistente em 05% ao mês sobre o total do bem, até a entrega da unidade, desde 31/05/2020 - Abusividade da cláusula que estipula o prazo de tolerância em 180 dias úteis - Aplicação do art. 51 do CDC, colocando o consumidor em excessiva desvantagem - Entendimento jurisprudencial - (...) Dano moral não caracterizado - O descumprimento contratual não enseja a fixação por danos morais - Entendimento consolidado no STJ - Ação julgada parcialmente procedente - Sentença reformada para suprimir da condenação a indenização por danos morais - Recurso de apelação da ré provido, desprovida a apelação adesiva da autora" (Apelação Cível 1047775-45.2020.8.26.0114; Relator: Mário Daccache; 29ª Câmara de Direito Privado; j. 03/11/2022).

"APELAÇÃO. Ação de rescisão contratual. Multipropriedade. Revelia.

Acesso ao Sumário

Sentença de procedência. Insurgência da ré. Descabimento. Previsão de prazo de tolerância de 180 dias "úteis" para entrega da unidade previsto. Contagem em dias úteis que se mostra abusiva. Atraso na entrega da unidade que restou comprovado nos autos. Ausência de ocorrência de caso fortuito ou força maior. Rescisão por culpa exclusiva da vendedora. Impossibilidade de retenção de valores. Devolução integral que se impõe. Súmula 543 do STJ. Retenção das arras confirmatórias e aplicação de multa contratual. Descabimento. Juros de mora devidos a contar da citação, momento em que o réu tomou conhecimento da pretensão autoral. Recurso desprovido, com majoração da verba honorária" (Apelação Cível 1011425-62.2021.8.26.0554; Relator: João Baptista Galhardo Júnior; 30ª Câmara de Direito Privado; j. 31/08/2023).

"APELAÇÃO. PROMESSA DE VENDA E COMPRA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL C. C RESTITUIÇÃO DE VALORES. Recurso que preenche os requisitos previstos no art. 1.010 do Código de Processo Civil, permitindo o seu conhecimento. Julgamento no estado que atendeu ao preceito contido no art. 355, I, do CPC. Cerceamento de defesa não configurado. Aquisição de frações de unidades imobiliárias em regime de multipropriedade. Promessa de entrega do imóvel no prazo de sessenta (60) meses a contar do início da construção, com tolerância de cento e oitenta (180) dias úteis. É abusiva a cláusula contratual que estabelece o prazo de tolerância para entrega do imóvel em cento e oitenta (180) dias úteis, devendo a contagem se dar em dias corridos. Aplicação do entendimento firmado no julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0023203-35.2016.8.26.0000 do E. TJSP. Pandemia do COVID-19 que não impediu o prosseguimento das atividades de construção civil no âmbito do Estado de São Paulo. Atraso na entrega do imóvel verificado. Rescisão contratual por culpa das corrés. Obrigação de restituir todos os valores recebidos da compromissária compradora, sem exceção. Pretensão para retenção a título de sinal e cláusula penal que não se admite, pois as corrés deram causa à rescisão do contrato. Restituição dos valores que deve ocorrer de uma só vez e não em parcelas. Orientação contida na Súmula nº 543 do C. STJ e na Súmula nº 2 do E. TJSP. Termo inicial da incidência de juros moratórios que é a data da citação, quando a apelante foi constituída em mora. (...) Recurso da autora parcialmente provido. Recurso das corrés desprovido" (Apelação Cível 1037665-61.2022.8.26.0002; Relator: Dimas Rubens Fonseca; 28ª Câmara de Direito Privado; j. 24/08/2023).

"COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - AÇÃO VISANDO A RESCISÃO CONTRATUAL E A RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS PELOS AUTORES - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - RESCISÃO CONTRATUAL POR CULPA DA RÉ - ATRASO NA ENTREGA DO EMPREENDIMENTO, ALÉM DO PRAZO DE TOLERÂNCIA DE 180 DIAS (SÚMULA 164, DO E. TJSP) - MEN-

Acesso ao Sumário

ÇÃO À PANDEMIA QUE NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE PARA AFASTAR A RESPONSABILIDADE PELO ATRASO NA OBRA - EXPEDIÇÃO DO "HABITE-SE", AINDA QUE DENTRO DO PRAZO, NÃO AFASTA A MORA CONTRATUAL ATRIBUÍDA À VENDEDORA - RESTITUIÇÃO INTEGRAL DOS VALORES PAGOS, E EM PARCELA ÚNICA - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 543 DO C. STJ E SÚMULA 2 DO TJSP - RESCISÃO CONTRATUAL POR CULPA EXCLUSIVA DA RÉ - JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS A CONTAR DA CITAÇÃO (ARTIGO 405, DO CC) - PRECEDENTES - INSURGÊNCIA DA RÉ - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA - DOCUMENTOS COLACIONADOS AOS AUTOS PRODUZIDOS UNILATERALMENTE - ALEGAÇÃO DE INÉRCIA DA PARTE AUTORA A ENSEJAR A SUPRESSIO DA QUESTÃO ENVOLVENDO O ATRASO DA ENTREGA DA OBRA - DESCABIMENTO - COMPROVADA A INADIMPLÊNCIA CONTRATUAL POR PARTE DA EMPRESA RÉ, IMPÕE-SE A RESCISÃO CONTRATUAL POR SUA CULPA EXCLUSIVA E O CONSEQUENTE RECONHECIMENTO DO DIREITO DOS AUTORES À RESTITUIÇÃO DA INTEGRALIDADE DOS VALORES PAGOS, SEM QUALQUER RETENÇÃO PELA RÉ - MANTIDA, NOS TERMOS DA R. SENTENÇA A QUO, A INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS A PARTIR DA CITAÇÃO - R. SENTENÇA A QUO MANTIDA - APELO NÃO PROVIDO" (Apelação Cível 1004197-03.2022.8.26.0586; Relator: Francisco Casconi; 31ª Câmara de Direito Privado; j. 04/08/2023).

Cumpre observar que a contestação apresentada pela ré é genérica, buscando justificar o atraso das obras à pandemia da Covid-19, questão ora refutada. Ademais, além de inexistir alegação específica de eventual conduta dos autores que configure *venire contra factum proprium*, não há provas de qualquer conduta dos compradores que demonstre contradição com a propositura da presente demanda, o que poderia ser verificado, por exemplo, no caso de efetiva utilização do imóvel, ônus que incumbia à parte requerida.

E, sendo a rescisão decorrente do atraso na entrega do empreendimento, a devolução dos valores pagos deve ser integral, conforme disposto na Súmula 543 do STJ: *"Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento", sendo de rigor a manutenção da sentença.*

Ademais, os juros de mora devem ser contados da citação, nos termos do art. 405 do CC, vez que a incidência do trânsito em julgado somente é aplicável nos casos em que a rescisão contratual é pleiteada pelo promissário comprador sem culpa da promitente vendedora *(Apelação Cível 1012000-35.2019.8.26.0071; Relator: Milton Carvalho; 36ª Câmara de Direito Privado;*

Acesso ao Sumário

j. 23/01/2020; Apelação Cível 1009173-85.2018.8.26.0071; Rel. Claudio Godoy; 1ª Câmara de Direito Privado; j. 06/06/2019).

Não obstante, a reparação dos danos morais somente se mostra pertinente quando demonstrada a ocorrência de lesão a bem extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (vida, integridade física, liberdade, honra, nome, etc), ressalvadas as hipóteses de presunção, que não ocorrem no caso em comento.

O ato ilícito, segundo o Código Civil vigente, é cometido por aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Nesse contexto, pode-se dizer que a principal consequência do ato ilícito é a obrigação de indenizar, no intuito de repará-lo, nos termos do artigo 927 do Código Civil. E, para que exista o dever de indenizar, é necessária a existência do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e da culpa *lato sensu* do agente.

No caso em pauta, ainda que reconhecido o direito do autor em rescindir o contrato de compromisso de compra e venda da cota parte do imóvel destinado ao ramo de hotelaria/resort, adquirido no sistema de *time sharing*, não se verifica situação capaz de configurar danos morais, sendo certo que se fazia necessária a prova inequívoca de fato suficiente a ocasionar constrangimento ou aborrecimento relevante, capaz de ferir a honra da autora, o que não ocorreu no caso em tela.

Não se vislumbra na hipótese a ocorrência de grave transtorno, vergonha ou desgosto suportado pelo autor que fuja da normalidade a ponto de ocasionar inquietação ou desequilíbrio em sua vida íntima, mas, ao contrário, as circunstâncias do caso configuram apenas dissabores que não têm o condão de ofender a moral de uma pessoa comum, porquanto são próprios das relações em sociedade, máxime quando a parte indica, mas não comprova, a motivação do suposto dano extrapatrimonial, sendo insuficiente, na espécie, a mera alegação dos dissabores supostamente suportados.

Na lição de Sergio Cavalieri Filho, "*só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos." (in "Programa de responsabilidade civil", Atlas, 8ª ed., 2008, p. 83/84)*.

Acesso ao Sumário

Nesse diapasão, sem que haja prova do efetivo abalo moral sofrido pelo autor, era de rigor o afastamento do pedido de indenização por danos morais.

Também o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que o mero desconforto decorrente de relações contratuais, salvo casos excepcionais, não basta para configurar o dano moral, sendo preciso que haja ofensa anormal à personalidade.

Nesse sentido:

"*O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais" (REsp 202.564 - RJ - Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - 4ª Turma - J.02.08.2001, in DJ 01.10.2001, p. 220)*.

Destarte, pelo exposto, reformo a r. sentença, julgando a ação parcialmente procedente para declarar o contrato rescindido por culpa da ré, devendo os valores pagos serem restituídos ao autor, em uma única parcela, corrigidos monetariamente desde cada desembolso e com juros moratórios da citação. Por fim, tendo em vista a ocorrência da sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com metade das custas processuais, além de honorários advocatícios da parte adversa ora fixados em 15% da condenação em favor da parte autora e 15% do pedido de danos morais em favor da ré.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1081905-35.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ARTURO KLEQUE GOMES NETO, são apelados MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA. e MERCADOPAGO.COM REPRESENTAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.819)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DIMAS

Acesso ao Sumário

RUBENS FONSECA (Presidente), RODRIGUES TORRES e FERREIRA DA CRUZ.

São Paulo, 21 de novembro de 2023.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO COMINATÓRIA C. C. INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL E LUCROS CESSANTES. MERCADO LIVRE. SUSPENSÃO PERMANENTE DE USUÁRIO-VENDEDOR. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DAS BOAS PRÁTICAS COMERCIAIS NA PLATAFORMA. ALEGADA VENDA DE PRODUTOS SEM CERTIFICAÇÃO DA ANATEL. VENDA POR CATÁLOGO. Insurgência do autor contra a r. sentença que julgou improcedente a demanda. Pretensão do autor de que haja desbloqueio de sua conta de vendas na plataforma Mercado Livre e nas relacionadas. Anúncios previamente analisados pela apelada que não permitem a simples responsabilização dos seus usuários-vendedores por violação dos Termos de Uso. Venda por catálogo. Comercializações feitas, em sua maioria, por meio de catálogos elaborados e disponibilizados pelo próprio e-commerce. Escolha dos itens feita pela plataforma, o que não permite a penalização do vendedor, sob pena de violação da boa-fé. Venire contra factum proprium non potest. Possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso. Precedente do E. STJ. REsp 1.195.642/RJ. Reconhecimento, neste julgado da 'vulnerabilidade informacional' e da possibilidade de aplicação da teoria finalista aprofundada, para permitir a extensão e a aplicação da legislação consumerista também ao fornecedor quando sujeito às regras contidas em contrato de adesão para anúncio em plataforma digital. Consumidor por equiparação. Falha no dever de informação. Plataforma que não evitou a publicação do item reputado por ela como viciado e, por vezes, até os recomendou aos frequentadores do sítio eletrônico. Desproporcionalidade na penalidade aplicada. Suspensão permanente do vendedor e retenção dos valores referentes às vendas concluídas. Autor que é vinculado à plataforma há

Acesso ao Sumário

mais de doze (12) anos e com reputação 'verde' (grau máximo). Violação do direito de defesa e de se ter punição graduada, que considere o histórico do usuário e a reprovabilidade da conduta. Impossibilidade de condenação da apelada a indenizar pelos lucros cessantes, uma vez que o apelante permaneceu com os produtos em sua posse e ficou livre para vendê-los em outras localidades. Dano moral. Verificação. Suspensão indevida da conta que gerou inegável repercussão negativa na fama do vendedor, que depende do seu histórico favorável para captação de clientela. Envio de comunicados automáticos aos compradores acerca da punição que causou prejuízo imaterial. Provimento do recurso para determinar o desbloqueio da conta, a recomposição da reputação do vendedor no grau anterior à suspensão; a liberação dos valores retidos e para condenar a ré a indenizar pelo dano moral. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **ARTURO KLEQUE GOMES NETO** nos autos da ação cominatória c. c. indenizatória por dano moral e lucro cessante que move contra **MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA** e **MERCADOPAGO.COM REPRESENTAÇÕES LTDA**, que julgou improcedentes os pedidos de desbloqueio das contas do autor no *marketplace* "Mercado Livre", na instituição financeira "Mercado Pago", na loja virtual "Mercado Shops", na plataforma publicitária "Mercado Ads" e de retorno da sua classificação referente à sua reputação à posição "verde", bem como a liberação dos valores auferidos pelas vendas já feitas e indenização pelo dano moral e lucros cessantes, prejuízo estimado pelo recorrente por meio da multiplicação do valor médio de vendas pelo número de dias em que a conta permaneceu restringida.

Sustentou, em síntese, que utilizava a plataforma digital há mais de doze (12) anos e possuía reputação de cor "verde", melhor desempenho que um vendedor pode alcançar junto ao sistema da ré; que a apelada, embora tenha alegado que seus produtos estivessem em desacordo com a regulamentação da ANATEL, não teria sido específica ao apontar quais eram efetivamente os problemas notados (fls. 74); que a suspensão de suas atividades prejudica sua situação financeira, visto que o *marketplace* seria sua única fonte de renda; que possui valores retidos pela plataforma; que a maioria das suas vendas seria de itens

Acesso ao Sumário

constantes em 'catálogo' criado e gerido pelo próprio *Mercado Livre*, modo de venda que gera competição entre vendedores pelo melhor valor[1]; que o sistema não oferece óbice ou impedimento à publicação dos produtos tidos como viciados; que os anúncios passariam por revisão antes de serem disponibilizados ao público na página e, por isto, deveriam antever irregularidades quanto às certificações; que há desproporcionalidade na aplicação da reprimenda mais grave antes das advertências, sobretudo a usuário sem histórico de punição.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 487/500) pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

No caso em análise, observa-se que, apesar das afirmações reiteradas de que o autor teria infringido os Termos Gerais de Uso da plataforma, pela comercialização de itens sem a certificação da ANATEL, a apelada evita a todo momento especificar *quais* seriam os itens que estariam viciados e que justificariam o desligamento definitivo do vendedor.

Encontra-se informação mais detalhada apenas no documento de fls. 71/77, que serviu de resposta à notificação extrajudicial enviada pelo autor, contendo lista exemplificativa dos itens que não estariam homologados pela ANATEL (fls. 74) e que, por isso, serviram de fundamento à punição.

Nota-se, contudo, que alguns dos itens utilizados como exemplo sequer exigiriam certificação específica do órgão de telefonia, por exemplo, o brinquedo "*Boneco Super Mário Bros 20cm Original Coleção*" e o jogo "*Tom Clancy's Rainbow Six Siege Deluxe Edition Ps5 Físico*".

Outros itens que também não necessitariam desta aprovação específica da ANATEL, mas que foram reputados pela apelada como irregulares à venda, são vistos no anexo de fls. 78/134. São bonecos de coleção, itens de vestuário (chapéus, bonés), brinquedos de plástico, canecas, *CDs* (jogos de videogame), entre outros.

Impossível não se notar que alguns itens constantes da lista de produtos tidos como viciados pela apelada são, com efeito, recomendados pelo próprio Mercado Livre aos usuários, como se nota, por exemplo, no "*Fone de ouvido over-ear gamer Knup KP-397 preto*", de R$103,00 (cento e três reais - fls. 81) e no "*Sony PlayStation 4 Slim 1TB Standard preto-azeviche*", de R$3.000,00 (três mil reais - fls. 90).

Nestes há "selo" digital com o logotipo da plataforma seguida da expressa recomendação de compra do Mercado Livre aos visitantes, em comunicação direta e chamativa com o consumidor, mas de itens que ela reputa como inválidos.

Soma-se a isso o fato de que os anúncios feitos pelos vendedores passam - ou deveriam passar - por análise prévia e anterior à sua disponibilização na página da *Internet*, o que torna inegável que os itens colocados à disposição do pú-

Acesso ao Sumário

1 O recorrente demonstra a venda por catálogo no vídeo hospedado no seguinte endereço: *"https://www.youtube.com/watch?v=HX_Ste1faqA"*.

blico em geral foram então previamente aprovados pela própria intermediadora.

As vendas feitas por meio de anúncios de catálogo (operação detalhada pelo autor no *link*[2] apontado às fls. 342) igualmente demonstram que o próprio Mercado Livre previamente registra os itens a serem vendidos e, posteriormente, convida os vendedores para competirem entre si pelo melhor preço ao consumidor, o que torna forçosa a conclusão, repita-se, de que a própria requerida tinha ciência sobre quais deles tinham problemas com as suas certificações ou vícios.

Isto posto, conclui-se que a análise prévia dos anúncios e a denominada "venda por catálogo" demonstra que a apelada teve ciência prévia de todos os itens que eram comercializados em seu *website*, o que não permite a simples responsabilização do vendedor por aquilo que a própria plataforma verificou e reputou como adequado à venda.

Tal conduta, sobretudo pelo histórico do autor de doze (12) anos de vendas sem desvios de conduta e pela atribuição de cor "verde" (grau máximo) à sua reputação, mostra que o *marketplace* agiu, de maneira contraditória (*venire contra factum proprium non potest*), uma vez que aprovou o produto para venda e, após a comercialização - e desconto do seu percentual de comissão -, puniu o vendedor e o impediu de permanecer vendendo por suposta violação dos Termos de Uso, restringindo o saque dos valores a ele pertencentes por tempo indeterminado (fls. 201, 3º parágrafo).

Mas se houve verificação de todos os itens antes de sua disponibilização, ou se houve convite aos vendedores para que participassem de concorrência pelo melhor preço de itens que a própria plataforma escolheu para tanto, forçosa a conclusão de que é ilícita a punição do vendedor por violação aos Termos de Uso.

A proibição do *venire contra factum proprium non potest*, que confere segurança e credibilidade às relações sociais e jurídicas, busca impor às partes comportamento coerente e legal, evitando a causação de prejuízos pela violação das legítimas expectativas despertadas em outrem.

E era legítima a expectativa do autor de permanecer comercializando e de continuar auferindo lucro com a venda de itens que a plataforma reputava, num primeiro momento, como adequados à venda, verificação que, por óbvio, deveria observar os Termos de Uso que ela própria submete aos usuários-vendedores.

Assim sendo, e considerando que a própria plataforma não considerou como viciados os produtos na análise prévia que fez nos anúncios antes de suas publicações, conclui-se pela abusividade da suspensão definitiva do usuário-vendedor.

Seguindo, vê-se que há relação de consumo entre a plataforma e o usuá-

2 O recorrente demonstra como funciona a venda por catálogo no vídeo acessível pelo endereço: https://www.youtube.com/watch?v=HX_Ste1faqA

Acesso ao Sumário

rio-vendedor, o que sujeita o negócio tido entre eles à legislação consumerista, sobretudo quanto à interpretação dos Termos de Uso, que faz parte de um contrato de adesão.

O usuário-vendedor, nos termos da jurisprudência mais atualizada, é considerado como consumidor por equiparação,

Sobre o reconhecimento, nestes casos, da relação de consumo, empresta-se algumas definições do seguinte precedente do E. STJ: "*CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). **Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra)**. 5. A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudên-*

Acesso ao Sumário

cia, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. 6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equipar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos. 7. Recurso especial a que se nega provimento"[3].

A 'vulnerabilidade informacional' é revelada, no caso, pela livre interpretação que o *Mercado Livre* aplica aos seus Termos de Uso, o que resulta, na ótica do vendedor, em postura contraditória, visto que ficou sujeito à punição com base nas ditas boas práticas comerciais que a própria plataforma não observou quando aprovou os anúncios viciados, ou quando elaborou os catálogos de venda com produtos não certificados.

Prosseguindo, entende-se pela desproporcionalidade da punição na medida em que o autor permaneceu por doze (12) anos na plataforma sem notícia de reprimenda alguma, mas, ao intentar venda de alguns produtos supostamente viciados, conforme exaustivamente mencionado acima, foi suspenso de forma definitiva e sem possibilidade concreta de exercício de defesa.

A punição mostrou-se, ainda, mais inadequada quando limitou a possibilidade de saque das vendas já concluídas e tornou público aos usuários-consumidores do *marketplace* o banimento do vendedor pela irregularidade.

Tal fato, por si só, causa dano moral, sobretudo porque macula a honra objetiva do vendedor, que, de forma notória, depende de sua boa fama e da sua longevidade na plataforma para captação de clientes, que adquirem produtos em franca relação de confiança com quem os disponibiliza.

Entende-se, então, que há necessidade de se indenizar pelo dano causado, sobretudo pelo bloqueio por fato genérico e não desconhecido pela plataforma e pelos demais motivos que já se expôs à exaustão.

No tocante ao *quantum*, tem-se que a indenização deve ser fixada em

3 REsp n. 1.195.642/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/11/2012, DJe de 21/11/2012.

Acesso ao Sumário

termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Sob esse enfoque, tem-se que a indenização por dano moral deve ser fixada em R$10.000,00 (dez mil reais), alinhando-se aos precedentes desta C. Câmara, com atualização monetária desde o arbitramento (Súmula nº 362 do C. STJ) e acrescida de juros de mora de um por cento (1%) ao mês a contar da mesma data acima referida.

Por fim, entende-se pela impossibilidade de condenação da ré por lucros cessantes, afinal, apesar de ter sido obstado de realizar suas vendas durante a suspensão de sua conta na plataforma Mercado Livre, os bens ficaram em sua posse, o que não inviabilizou a sua comercialização em outro local, impossível, no caso, a indenização de dano hipotético, nos termos do art. 402 do Código Civil[4].

Em se considerando, objetivamente, os elementos apresentados, repisando o já assentado, conclui-se que a suspensão definitiva do usuário-vendedor foi desproporcional e ilícita, sendo de rigor a condenação da ré a indenizar pelo dano moral ao autor causado.

Consagrada a sucumbência recíproca na espécie, cada litigante deverá arcar com metade das despesas processuais e das verbas honorárias, fixadas em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso para determinar o desbloqueio da conta do autor, a recomposição de sua reputação ao grau anterior à suspensão definitiva, a liberação dos valores retidos e, por fim, para condenar a ré a indenizar pelo dano moral, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1003873-88.2021.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelada CONSUELITA INACIO BISPO.

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 37.036)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENA-

Acesso ao Sumário

4 Art. 402. 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.

TO RANGEL DESINANO (Presidente), MARINO NETO e JOSÉ WILSON GONÇALVES.

São Paulo, 9 de outubro de 2023.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO - Ação monitória - Confissão de dívida - Incidência do prazo prescricional quinquenal a contar do vencimento da última parcela - Vencimento ocorrido no ano de 2013, ao passo em que a ação foi ajuizada no ano de 2021 - Alegação de interrupção da prescrição - Descabimento - Inocorrência da hipótese prevista no art. 202, VI, do Código Civil, vez que não houve comprovação do pagamento parcial do débito - Prescrição reconhecida - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença, cujo relatório se adota, que, em ação monitória proposta por BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A contra CONSUELITA INACIO BISPO, JCS INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE COSMÉTICOS LTDA. e IRINEIA REGINA AMABILLE BISPO DE OLIVEIRA, acolheu os embargos monitórios opostos e extinguiu o processo, com resolução de mérito, pelo reconhecimento da prescrição, na forma do art. 206, §5º, I, do Código Civil (fls. 168/170).

Recorre o autor. Alega que a pretensão não foi fulminada pela prescrição, uma vez que houve sua interrupção, nos termos do art. 206, VI, do CC, por meio da prorrogação do prazo de vencimento da dívida somada ao pagamento, pelos devedores, dos débitos até o ano de 2018, quando se reiniciou, efetivamente, o prazo de prescrição (fls. 191/203).

Recurso recebido e contrariado (fls. 209/213).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Cuida o caso de ação monitória fundada em termo de confissão de dívida firmado, em 26/08/2010, no valor de R$ 134.158,31, com previsão de pagamento em 36 parcelas mensais, vencidas a partir de 10/10/2010 e com vencimento final em 10/09/2013 (fls. 18/33).

O devedor, em sede de embargos monitórios, apontou a prescrição da pretensão, uma vez que, tendo a dívida vencido em 2013, o credor tinha até 2018 para ajuizar a presente ação, o que não ocorreu, já que esta foi ajuizada em 2021.

O credor, por sua vez, em réplica, sustentou que houve a prorrogação

Acesso ao Sumário

do vencimento da dívida e que os devedores pagaram as parcelas até o ano de 2018, data do inadimplemento, motivo pelo qual houve a interrupção do prazo de prescrição.

O D. Juízo *a quo*, nesse cenário, reconheceu a prescrição e extinguiu o processo, nos seguintes termos (fls. 168/170):

"*(...)*

Inicialmente, é preciso fixar o lapso prescricional aplicado ao caso concreto. Para tanto, considerando que os autores pretendem a cobrança de contrato de empréstimo que se traduz em dívida líquida constante de instrumento particular, nos termos do art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil, o prazo prescricional é quinquenal.

Posto isso, o termo inicial da prescrição da pretensão de cobrança ocorre a cada vencimento das parcelas, ou seja, entre os dias 10.10.2010 e 10.09.2013, sendo certo que desde então, o lapso prescricional transcorreu normalmente, sem que fosse possível apontar qualquer causa de suspensão ou interrupção descrita nos art. 197 a art. 202, todos do Código Civil.

Embora a embargada aponte que houve interrupção pela existência de pagamento parcial em abril de 2018, a embargante nega tal circunstância, na medida em que não há comprovante da quitação que sequer fora incluída na planilha da credora (fls. 34), cujo último pagamento noticiado teria se operado em agosto de 2012, fragilizando a tese.

Consequentemente, no momento em que a ação foi proposta, isto é, em 10 de maio de 2021, já havia transcorrido mais de 07 (sete) anos desde o termo inicial da prescrição da última parcela vencida, ou seja, 10.09.2013, de tal sorte que a pretensão de cobrança do financiamento, materializado na cédula bancária, já estaria fulminada pela prescrição.

Ante o exposto, com fundamento no art. 487, inciso II, última parte do Código de Processo Civil, CONHEÇO e ACOLHO os embargos monitórios para JULGAR EXTINTO o processo, com resolução de mérito, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão, na forma do art. 206, § 5º, inciso I do Código Civil."

Contra tal sentença, insurge-se o autor, ora apelante.

A pretensão, contudo, não merece acolhida, devendo a

r. sentença ser mantida por seus bons e bem deduzidos fundamentos, os quais se adotam integralmente como razões de decidir.

Com efeito, não há dúvida que o prazo prescricional incidente na hipótese é o quinquenal, conforme disposto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil.

Também não há dúvida que o vencimento da última parcela do contrato que lastreia a presente monitória ocorreu na data de 10/09/2013.

Sendo assim, a presente pretensão foi fulminada pela prescrição em 2018,

Acesso ao Sumário

após passados 5 anos do vencimento da última parcela, motivo pelo qual a ação ajuizada em 2021 deve ser extinta pelo reconhecimento da prescrição.

Não se ignora que o apelante insiste na tese de que houve interrupção do prazo prescricional em decorrência do prolongamento do vencimento da dívida somado ao fato de que os devedores efetuaram o pagamento das parcelas até o ano de 2018.

Todavia, conforme salientou o D. Juízo *a quo*, não há prova do prolongamento da dívida e tampouco do pagamento das parcelas, o que seria capaz de interromper a prescrição.

Ressalte-se que bastava ao apelante juntar um simples comprovante de pagamento, de modo a conferir veracidade à sua tese, fato inocorrente à espécie.

Portanto, considerando que a dívida venceu em 10/09/2013 e a ação somente foi ajuizada em 10/05/2021, correto o reconhecimento da prescrição.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0031582-77.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FINANCIAL ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA., é apelado CSU CARDSYSYTEM 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.537 e 34.538)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), CASTRO FIGLIOLIA e MARCO FÁBIO MORSELLO.

São Paulo, 14 de novembro de 2023.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Ementa: MONITÓRIA. EMBARGOS MONITÓRIOS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO CONEXA.
PRELIMINAR
CERCEAMENTO DE DEFESA. Não há que se falar em cerceamento de defesa nos autos, pois a prova oral pretendida não é capaz de infirmar a prova documental constante nos autos

Acesso ao Sumário

DEMAIS ALEGAÇÕES. CLÁUSULAS CONTRATUAIS QUE ESTABELECERAM PAGAMENTO MÍNIMO PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A PARTIR DO 12º MÊS. RECORRENTE QUE QUER CONDICIONAR O PAGAMENTO À HOMOLOGAÇÃO E APROVAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO HÍBRIDO. CONTRATO QUE NÃO CONDICIONOU EM NENHUMA CLÁUSULA O PAGAMENTO. RECORRENTE QUE DEVERIA TER SOLICITADO A REVISÃO CONTRATUAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO COM E-MAILS E NOTIFICAÇÕES. A recorrente tenta dar uma interpretação para as cláusulas contratuais que lhe é favorável, no entanto, não há no contrato nada que corrobore com suas alegações. Na verdade, o que há é especificação para revisão contratual em caso de alteração das condições comerciais, o que não foi respeitado pela recorrente, já que não foi demonstrada qualquer tentativa de renegociação com a recorrida. É lícita a cobrança, na forma pactuada, a título de remuneração mínima mensal, valor equivalente ao faturamento de 50.000 cartões ativos a partir do 12º mês até a vigência final do contrato.

SENTENÇA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Sentença mantida pelos seus próprios fundamentos com base no artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal.

PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto por FINANCIAL ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA, contra a r. sentença prolatada às fls. 894/903, que reuniu e julgou as seguintes ações:

ação monitória interposta por CSU CARDSYSTEM S/A em face de FINANCIAL ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA;

ação declaratória de nulidade de títulos de crédito interposta por FINANCIAL ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA em face de CSU CARDSYSTEM S/A,

A r. sentença que reuniu e julgou todas as ações, em uma única decisão,

assim dispôs:

> "REJEITO os embargos monitórios opostos nos autos nº 1097014-65.2017.8.26.0100 e, em consequência, constituo, de pleno direito, o título executivo judicial no valor de R$722.939,56 (setecentos e vinte e dois mil, novecentos e trinta e nove reais e cinquenta e seis centavos), atualizado até 31/08/2017 (fls. 129), que deverá ser corrigido pela Tabela Prática do E. TJSP e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês a partir da última atualização. Ponho fim à fase de conhecimento, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil. Ante a sucumbência, CONDENO a parte ré Financial, ora embargante, ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios sucumbenciais, os quais fixo, com fulcro no art. 85, §2º, do Código de Processo Civil, em 10% sobre o valor da condenação. Sem prejuízo, REVOGO a tutela provisória e JULGO IMPROCEDENTES os pedidos veiculados no processo nº 1115569- 91.2021.8.26.0100. Ponho fim à fase de conhecimento, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil. Ante à sucumbência, CONDENO a autora Financial ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios sucumbenciais, os quais fixo, com fulcro no art. 85, §2º, do Código de Processo Civil, em 10% sobre o valor atualizado da causa."

Posteriormente, foi complementada pela decisão de fls. 906:

> "Chamo os autos à conclusão, de ofício, tão somente para sanar erro material constante do dispositivo da sentença. Assim, onde se lê: "Sem prejuízo, REVOGO a tutela provisória e JULGO IMPROCEDENTES os pedidos veiculados no processo nº 1115569-91.2021.8.26.0100"; leia-se: "Sem prejuízo, REVOGO a tutela provisória e JULGO IMPROCEDENTES os pedidos veiculados no processo nº 0031582-77.2021.8.26.0100". Consequentemente, traslade-se cópia da sentença, e da presente decisão, aos autos em apenso, nº 0031582-77.2021.8.26.0100.".

Desta decisão, apela a parte FINANCIAL ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA (fls. 911/919), alegando, em suma, que:

> Na **monitória - processo n.º 1097014-65.2017.8.26.0100** e
> na **declaratória - processo nº 0031582-77.2021.8.26.0100**

Preliminar (a) teve seu direito de defesa cerceado, pois requereu a oitiva de prova testemunhal para comprovar suas alegações e o Douto Juízo "a quo" não permitiu referida prova; **Demais alegações** (b) o contrato celebrado com a CSU Cardsystem possuía como escopo a emissão e administração de dois produtos: o Cartão Híbrido e o Cartão Private Label; (c) pelos serviços prestados, foi pactuado no item 9, do anexo III, do contrato, como remuneração mínima mensal devida à CSU Cardsystem, o valor equivalente a um volume de faturamento de 50.000 cartões ativos a partir do 12º mês até o término de vigência do contrato, considerando a somatória dos produtos Cartão Híbrido e

Acesso ao Sumário

Cartão Private Label, **ainda que o real faturamento de cartões não atingisse a quantidade acima informada**; (d) a implantação do cartão híbrido dependia de homologação e aprovação da bandeira Mastercard, qual não deu seu aceite para implantação; (e) a homologação era condição essencial para a aplicabilidade dos números mínimos de faturamento previstos no contrato; (f) a cláusula 12.7., do contrato, deixa claro que os serviços contratados, seus preços e condições, são considerados como pacote único e, em caso de dispensa ou inclusão, deve ser revisto o contrato; (g) tentou exaustivamente tal revisão que não foi aceita, o que seria facilmente comprovado através da necessária prova testemunhal que foi injustificadamente indeferida; (h) o item 18, do anexo II, do contrato, tópico dispõe que o "acordo só será válido se o emissor e banco acordarem sobre o aluguel da bandeira"; (i) nenhum dos anexos possuem data; e (j) requer seja dado provimento aos embargos monitórios opostos nº 1097014-65.2017.8.26.0100 e julgar procedente os pedidos constantes nos autos nº 0031582-77.2021.8.26.0100, reconhecendo a nulidade dos referidos títulos de crédito.

A CSU Cardsystem ofertou contrarrazões (fls. 413/424 (declaratória) e fls. 925/936 (monitória)).

As partes se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório do essencial.

2. Decide-se.

Preliminar

Cerceamento de defesa

Deve ser rechaçada a preliminar de cerceamento do direito de produzir provas, à míngua da necessidade de se implementar a dilação probatória.

Ao Juiz incumbe, como diretor do processo e destinatário mediato das provas, avaliar a respeito da necessidade e pertinência de sua produção, a fim de formar seu livre convencimento motivado.

Deve ser prestigiado o desenlace precoce da lide, pois o conjunto probatório produzido já permite a formação do livre convencimento motivado do julgador.

Ao contrário do alegado pela FINANCIAL ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA, a prova testemunhal não é suficiente para dar provimento ao pedido formulado em suas ações, isso porque o que está se discutindo e a tentativa de revisão de cláusula contratual, conforme dispõe a cláusula 12.7 "A dispensa e ou inclusão de qualquer um destes serviços ensejará na revisão das condições comerciais do contrato, ressalvado o disposto em contrário" (fls. 41).

Somente a comprovação de que tentou várias vezes discutir as alterações com a recorrida, poderia corroborar com as alegações da recorrente e, tais provas são: e-mails e notificações judiciais e extrajudiciais.

A prova testemunhal não tem força perto da prova escrita e, nesse caso, a

Acesso ao Sumário

recorrida tem prova escrita que permite a cobrança dos valores, ou seja, tem um contrato assinado por ambas as partes.

Logo, sem razão a alegação de cerceamento de defesa por falta de produção de prova testemunhal.

Demais alegações

A recorrente sustenta que a cláusula 12.7 (fls. 41) do contrato estabelece que os serviços prestados pela CSU são considerados como um pacote único e que a cláusula 9 do anexo III, estabelece que contado da data de implantação do produto em ambiente de produção, será devido a título de remuneração mínima mensal, o valor equivalente ao faturamento de 50.000 cartões ativos a partir do 12º mês até a vigência final do contrato, considerando a somatória do Produto Cartão híbrido e Private Label.

Sustenta ainda que, não obteve homologação e aprovação para operar o cartão híbrido e que, portanto, não é devido à CSU os valores referentes a parte daquele cartão. Reforça que no item 18 do anexo II, constou expressamente que a homologação era condição essencial para a aplicabilidade dos números mínimos de faturamento previstos.

Ocorre que a recorrente faz uma interpretação equivocada do contrato firmado com a recorrida, pois conforme dispõe as cláusulas mencionadas 12.7 e 9 do anexo III, restou estabelecido que o preço a ser pago a recorrida era de 50.000 cartões ativos a partir do 12º mês até a vigência final do contrato, independentemente se o cartão híbrido foi homologado ou não.

Frisa-se que a cláusula 12.7 foi expressa no sentido de que "A dispensa e ou inclusão de qualquer um destes serviços ensejará na revisão das condições comerciais do contrato, ressalvado o disposto em contrário", assim para que as alegações da recorrente pudessem ser tidas como verdadeiras, deveria constar uma cláusula no contrato dispondo que em caso de impossibilidade de homologação e aprovação do cartão híbrido, os valores referentes ao preço ajustado seriam revistos, o que não constou.

Quanto a alegação de que o item 18 do anexo II dispõe sobre referida cláusula, não é verídica tal afirmação, pois conforme é possível constatar com os documentos de fls. 59/61(anexo II), não há qualquer item 18 na sua elaboração. O item 18 pode ser visto às fls. 174, no entanto, não fez parte do contrato principal mencionado acima (fls. 59/61).

Da análise do contrato firmado pelas partes é possível constatar que a recorrente deveria ter notificado a recorrida ou até mesmo ter-lhe encaminhado e-mail solicitando a revisão do contrato, uma vez que a homologação e aprovação pela Mastercard não foi feita, no entanto, não há nos autos qualquer documento a esse respeito.

Por tais razões, correta a recorrida em cobrar a diferença do que não recebeu, tal como estabelecido na cláusula 9, parte final (fls. 67).

Acesso ao Sumário

Logo, qualquer alteração contratual deveria ser feita através de revisão contratual, revisão essa que não consta nos autos.

Assim, correta a r. sentença que dispôs:

"Acrescento que as condições contratuais estabelecidas entre as partes foram firmadas através de contrato escrito, bastando a análise da documentação encartada aos autos para solução da lide, pelo que a prova oral pleiteada se mostra dispensável, devendo mesmo ser indeferida, em atenção ao art. 370, parágrafo único, do CPC. [...]Dito isso, observo que é incontroversa a relação jurídica estabelecida entre as partes, a qual, de qualquer forma, é comprovada pelo contrato e seus respectivos anexos de fls. 31/67 dos autos nº 1097014-65.2017. Tampouco se discutem os termos do negócio jurídico entabulado entre as partes. Cinge-se a controvérsia de ambas as lides à exigibilidade da diferença entre os valores referentes aos cartões efetivamente faturados pela parte autora e o montante referente ao faturamento mínimo mensal previsto contratualmente. O contrato firmado tinha por objeto a implantação, cadastramento, geração de plásticos e processamento de cartões pela CSU, os quais eram produtos da Financial, a quem incumbia a contratação com as "bandeiras", conforme se extrai das cláusulas 2.1 e 2.2 da avença (fls. 32 nº 1097014-65.2017). Acerca da remuneração da parte contratada, o contrato previa: "5.1 - Como remuneração pelos serviços prestados ou colocados à disposição da Financial, esta pagará a CSU os valores descritos no Anexo III deste instrumento, nas formas e condições previstas neste Anexo" (fls. 36 - nº 1097014-65.2017). Veja-se, desde logo, que se extrai ser necessária a contraprestação não apenas pelos serviços efetivamente prestados, mas também por aqueles simplesmente colocados à disposição da parte contratante, isto é, da Financial. Prosseguindo, no mencionado Anexo III, a cláusula 9 (fls. 67 - nº 1097014-65.2017) estipulava uma remuneração mínima mensal, a qual, a partir do 12º mês de implantação do produto, deveria equivaler ao valor de 50.000 cartões ativos. A cláusula ainda esclarecia que o faturamento mensal considerava o somatório dos produtos "Cartão Híbrido" e "Cartão Private Label", os quais se não atingissem o mínimo mensal de cartões ativos, gerariam emissão de nota fiscal complementar. É dizer, previu-se uma remuneração mensal em patamar mínimo caso o faturamento mental "considerando o somatório do 'produto cartão híbrido' e do 'produto cartão private label'" (fls. 67 dos autos nº 1097014-65.2017) não atingissem um número também mínimo. Vale mencionar que a divergência entre as partes acerca da data em que os serviços de processamento de cartões se iniciaram não irá influir no julgamento da lide tendo a CSU mencionado 23/07/2012 (fls. 04 - nº 1097014-65.2017) e a Financial 17/06/2012 (fls. 148 - nº 1097014-65.2017) -, tratando-se de diferença de pouco menos de um mês em 2012, quando é certo que os problemas entre as partes tiveram início em abril de 2016, como restou incontroverso. Percebe-se, até então, que o pagamento era devido pela prestação e disponibilização dos serviços referentes aos cartões "Híbrido" e "Private Label", ou seja, ambos. Por tal motivo é que, frustrada a tentativa de aprovação da bandeira "Mastercard" para implantação do cartão Híbrido, a Financial passou a entender que não seria aplicável a previsão do

Acesso ao Sumário

faturamento mínimo mensal. Ocorre que, com o devido respeito, não assiste razão à parte, já que as cláusulas acima mencionadas são claras quanto à forma de remuneração da CSU, em nenhum momento subordinando os pagamentos (inclusive aquele considerado mínimo) a um ou outro evento relacionado à operação dos cartões junto a terceiros como a Mastercard. A cláusula 3.20 (fls. 35 - nº 1097014-65.2017) suscitada, diferente do que alega a Financial, não impõe qualquer condição de eficácia ou validade ao contrato. Cuida-se, em verdade, apenas de declaração da CSU de que tinha conhecimento de que o cartão Híbrido seria emitido pela Financial com a bandeira Mastercard e, com isso, deveriam ser providenciadas as condições para sua perfeita utilização. Nada dispôs, porém, sobre eventual hipótese de não ser homologada ou aprovada a bandeira. Providencia esta que, ressalte-se, era de incumbência da própria Financial (cláusula 2.2 - fls. 32 - nº 1097014-65.2017). Também não milita em favor da Financial, que dispõe: "12.7 - Os serviços oferecidos pela CSU à Financial sob o presente Contrato são considerados como um pacote único, e assim foram considerados para a fixação dos preços e condições da proposta comercial. A dispensa e ou inclusão de qualquer um destes serviços ensejará na revisão das condições comerciais do contrato, ressalvado o disposto em contrário" (fls. 41 - nº 1097014-65.2017). Ora, considerando que, como visto acima, a responsabilidade pela contratação das "bandeiras" era da Financial, uma vez ciente de que tal formalização não se concretizou, caberia a ela ter proposto a revisão contratual. Isso porque, o preço fora entabulado considerando justamente a disponibilização de ambos os serviços - daí o caráter uno dos serviços -, não havendo notícias de que tal disponibilização não estaria sendo cumprida adequadamente pela CSU, que faz jus, consequentemente, à remuneração como prevista em contrato. O contrato ainda mencionava que "as alterações contratuais só serão válidas se processadas por escrito, através de aditivos, devidamente assinados e rubricados pelos representantes legais de ambas as Partes" (cláusula 12.10 - fls. 41 - nº 1097014-65.2017). Não há nos autos, contudo, qualquer indício de que a Financial tenha adotado medidas para renegociar as condições de pagamento após o insucesso na aprovação da bandeira - judiciais, inclusive, se necessárias - ajuizando diretamente declaratória de inexigibilidade, mas somente cerca de um ano após as desavenças acerca dos pagamentos. E, pelo que narra, "sempre faturou mais de 50.000 cartões ativos, exclusivamente com o Cartão Garantido" (fls. 149/150 - nº 1097014-65.2017), a indicar que, desde o início da relação contratual, a homologação da bandeira já havia restado infrutífera, sem comprovação no feito de que tal situação tenha sido comunicada à parte contrária. Em outros termos, tudo indica que a Financial ficou inerte por todo o período, vindo a alegar a suposta condicionante apenas quando houve a exigência de pagamento. Saliento que, em elação aos e-mails de fls. 68/101 (nº 1097014-65.2017), referentes a faturas de agosto de 2016 a agosto de 2017, vê-se apenas que a empresa exarava não estar de acordo com a nota de faturamento mínimo, em momento no qual o patamar de emissões (de cartões ativos) já não era mais atingido. Portanto, parece claro que a Financial sustentou a ineficácia ou invalidade par-

Acesso ao Sumário

cial do contrato somente quando confrontada com a necessidade de pagamento, frustrando a legítima expectativa da outra contratante que foi criada ao longo da longeva relação contratual de anos, em clara afronta à boa-fé objetiva. Aliás, tal intuito fica mais claro quando a Financial aponta na demanda a estipulação de que o "acordo só será válido se o emissor e banco acordarem sobre o aluguel da bandeira". Referido ajuste constou do documento de fls. 173/175 dos autos nº 1097014-65.2017, que, por estar pouco legível, foi analisado por meio de exame dos autos nº 0031582-77.2021 (fls. 54/56). Ocorre que, como se percebe, trata-se meramente de minuta contratual, inclusive sem data ou identificação de seus signatários, discutindo "itens importantes para constarem no contrato ou para reflexão". Logo, embora a CSU tenha confirmado o entendimento da condição do item 18, tal quesito não foi reproduzido nos instrumentos firmados pelas partes, não se podendo considerar sua reprodução tácita, mormente em razão do princípio do paralelismo das formas e em face da cláusula 12.8, que dispunha: "Este contrato cancela e substitui todo e qualquer ajuste verbal ou documento anteriormente firmado pelas Partes que seja conflitante com as disposições do presente contrato" (fls. 41 - nº 1097014-65.2017). Vale observar, inclusive, que os anexos efetivamente pactuados entres as partes têm menção de serem "parte integrante do contrato" (fls. 43, 59 e 62 - nº 1097014-65.2017), o que não se vislumbra do documento mencionado. Ainda que assim não fosse, não haveria mesmo de se considerar sua aplicação, na medida em que, como já dito, o contrato esteve vigente entre as partes durante mais de 04 anos, sem que qualquer invalidade houvesse sido alegada, não podendo agora a Financial pretender se beneficiar da situação. Não bastasse, caso houvesse dúvidas quanto à aprovação da bandeira de cartões mencionada, poderia ter constado efetivamente do contrato essa ressalva, o que sequer fora cogitado, muito embora já tenha restado claro a liberdade contratual que as partes tiveram para negociar os termos do acordo. Nesse sentido, justamente pela ausência de revisão contratual entre as partes para dispensa de parte dos serviços a serem prestados, que se presumem devidamente disponibilizados pela contratada em face do quanto já explanado -, certo é que, considerando o princípio da boa-fé objetiva, não há como se acolher o pedido de declaração de inexigibilidade dos valores, diante da notória continuidade da relação jurídica estabelecida, nos moldes em que contratada. É dizer, o arquétipo de conduta esperado da parte impunha a adoção, se o caso, de medidas para a revisão do contrato, para a fixação de novo parâmetro ou valor de faturamento mínimo, pois já estava a parte ciente do termo do contrato, desde o início fechado em pacote único. Isso não ocorreu, ônus que competia à Financial. Ressalto que as demais provas juntadas pelas partes não infirmam as conclusões acima delineadas. Diante disso, entendo que deve prevalecer a vontade das partes acerca dos ajustes de faturamento mensal mínimo, sendo plenamente exigíveis as faturas complementares emitidas. Acrescento que, nos termos do art. 341 do CPC, não houve impugnação específica da Financial referente aos valores e forma de cômputo das planilhas de cálculo de fls. 117/129, que, ademais, se mostram em consonância com as previsões contratuais (cláusula 3.3 - fls. 63 -

Acesso ao Sumário

nº 1097014-65.2017), pelo que não há reparo a ser feito na quantia em cobrança. Assim, os embargos não prosperam. Por conseguinte, sendo legítima a cobrança efetuada pela CSU, os protestos impugnados pela Financial decorrem de regular exercício do direito, pelo que descabido o pleito de nulidade ou mesmo o pedido de indenização por danos morais formulado por Financial."

A r. sentença não merece quaisquer reparos, devendo ser mantida por seus próprios e bem deduzidos fundamentos. E, à luz da garantia constitucional da razoável duração do processo, e com o fito de evitar repetições desnecessárias, aplica-se ao caso concreto o disposto no art. 252 do Regimento Interno desta Egrégia Corte, que permite ao relator ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.

3. Em face do exposto, rejeita-se a preliminar da recorrente e nega-se provimento ao seu recurso, mantendo-se a r. sentença tal como lançada. Em decorrência do disposto no artigo 85, § 11º do CPC, a condenação da recorrente em honorários advocatícios arbitrada pelo Douto Juízo "a quo" deve ser majorada em mais 5% cada ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012824-70.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante A.M.N., são apelados A.C.P., S.L.P., S.L.P. e C.P.T. (INVENTARIANTE).

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentaram oralmente os Drs. Regina Beatriz Tavares da Silva, OAB/SP 60.415, e Gilberto Haddad Jabur, OAB/SP 129.671.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.712)**

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

São Paulo, 28 de novembro de 2023.

ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES, Relatora

Ementa: AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA *POST MORTEM* - Autor que pretende o reconhecimento da paternidade socioafetiva com o Sr. E. C. L. P., seu padrasto e genitor das rés - Sentença de improcedência - Recurso do autor - Preliminar de cerceamento de defesa - Rejeição - Expedição de ofícios a Registro Civil e cemitério

Acesso ao Sumário

onde foi sepultado o Sr. E. que eram desnecessários e, ademais a providência cabia à parte - Obtenção de histórico de viagens do Sr. E. e sua genitora, com a Polícia Federal, que eram inúteis para a causa - Perícia médica indireta para atestar o discernimento do falecido na ocasião da lavratura de testamento que tampouco se justificava, diante dos elementos constantes dos autos que afastam a tese de incapacidade - Mérito - Ausência de cumprimento do ônus de demonstrar a posse do estado de filho em oposição à relação de consideração e afinidade decorrente da condição de enteado - Fotografias em momentos de lazer e cerimônias de casamento e batismo que não bastam para a filiação socioafetiva - De cujus que realizou cinco testamentos e só mencionou o autor em dois deles, e apenas para deixar cotas da sociedade que haviam constituído em conjunto, excluindo tal disposição do negócio mais recente e deixando toda a parte disponível às rés C. e A. - Parentes do falecido na Itália que não o conheciam como filho, embora já tivessem mantido contato com a genitora do autor - Prova oral igualmente dúbia em relação ao tratamento e consideração como filho, havendo depoimentos conflitantes das testemunhas ouvidas - Sentença mantida - Honorários recursais devidos - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação, proposta por A.M.N. em face de C.P.T., A.C.P.G., Si.L.P. e Su.L.P., objetivando o reconhecimento *post mortem* de filiação socioafetiva com o genitor das rés, o Sr. E.C.L.P.

Sobreveio sentença de fls. 1277-1285, de relatório adotado, que julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não foi demonstrada a posse do estado de filho pelo autor. Os ônus sucumbenciais foram atribuídos ao autor, com honorários advocatícios fixados em R$ 10.000,00 para os advogados das rés C. e A. e mais R$ 10.000,00 para os das rés Si. e Su.

Apela o autor às fls. 1322-1361, arguindo, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa em razão do indeferimento da expedição de ofícios e de perícia médica indireta para aferir o grau de discernimento do falecido quando da realização do último testamento, em outubro de 2010. Frisa que a improcedência foi decretada por ausência de provas e, além disso, houve consideração de elementos de prova das rés relativos aos fatos que objetivava

Acesso ao Sumário

demonstrar com as diligências pleiteadas.

Aduz que o ofício ao 17° Registro Civil de Pessoas Naturais de São Paulo visava à comprovação de que o falecido buscou retificação de assento para incluir seu sobrenome P. no nome do autor. Destaca que, conforme foi mencionado na sentença, o patronímico é elemento muito importante para o vínculo familiar na tradição italiana, o que demonstra a imprescindibilidade da prova. Ressalta que entrou em contato telefônico com a serventia extrajudicial, mas não foi possível obter os documentos do procedimento em questão.

Acrescenta que a expedição de ofícios ao Cemitério buscava esclarecer as circunstâncias do sepultamento de E., que foi providenciada pelo autor, e à Polícia Federal para mostrar, por meio do histórico de viagens de E. e sua esposa (e mãe do autor) J., a razão da falta de relacionamento entre o autor e a família do *de cujus* na Itália.

Aponta que a perícia médica indireta era igualmente essencial para demonstrar a falta de capacidade quando da realização do último dos cinco testamentos feitos por E.. Frisa que foi diagnosticado com Doença de Parkinson oito meses antes do referido testamento e que, no mesmo ano, foi proposta ação de interdição e nomeada curadora para o falecido.

No mérito, o autor sustenta que a filiação socioafetiva foi fartamente demonstrada pela longa convivência e relação afetuosa, com financiamento de seus estudos pelo falecido e inserção no mercado de trabalho. Destaca que não manteve relação com seu pai biológico e, desde a tenra idade, enxergou o *de cujus* como seu pai.

Aponta que o Sr. E. desempenhou os mesmos papéis em seu casamento e no batismo de seu filho que aqueles realizados nas cerimônias das rés, não havendo equivalência com os outros enteados (também filhos de sua mãe, Sra. J.). Observa que em declarações tributárias o falecido sempre qualificou o autor como seu filho, embora pudesse fazê-lo como mero menor dependente. Faz referência a outros elementos de prova como mensagens, declarações diversas e testemunhos colhidos em juízo.

Contrarrazões às fls. 1367-1377 e 1385-1401.

As rés C. e A. manifestaram oposição ao julgamento virtual (fls. 1405).

É o relatório.

Segundo a exordial, o autor afirma que é filho biológico da Sra. J.C. e do Sr. A.M., que faleceu quando tinha cinco anos. Narra que sua mãe iniciou relacionamento com o Sr. E.C.L.P., genitor das rés, e passou a morar com ele, desenvolvendo relação de paternidade socioafetiva. Destaca que conviveu por 60 anos com o *de cujus*, mantendo estreito laço afetivo e encontros frequentes, inclusive trabalhando juntos, e inexistindo distinção com as corrés.

Em suas contestações, as rés afirmam que a relação entre o autor e o *de cujus* se restringia ao trato cordial e afetuoso de padrasto e enteado, não tendo

Acesso ao Sumário

havido adoção ou reconhecimento da paternidade durante a vida.

Pois bem.

O recurso não comporta provimento.

Em primeiro lugar, rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, porquanto as diligências pleiteadas pelo autor ou não eram relevantes ao deslinde da causa ou eram documentos que dispensavam a atuação do Juízo *a quo*.

Em sede de especificação de provas, foram indeferidos os seguintes requerimentos autorais: expedição de ofícios (i) ao Ofício do Registro Civil para demonstrar procedimento de retificação do registro de nascimento do autor promovido pelo falecido E. e incluir seu sobrenome, (ii) ao cemitério onde foi sepultado o *de cujus* para obter informações sobre os trâmites funerários e (iii) à Polícia Federal para obter o histórico de viagens de E. e sua mãe J., para demonstrar que esta não conhecia a família do falecido na Itália, pois viajou pouco para lá; além de (iv) perícia médica indireta para atestar que o falecido não tinha capacidade para realizar o testamento lavrado em outubro de 2010.

No que tange às certidões da serventia extrajudicial, inexiste circunstância que obste a obtenção do documento pela própria parte, de modo que não se faz necessária a ordem judicial de exibição. A propósito, o próprio autor manifestou durante a instrução que, em contato telefônico, foi informado por preposta do Registro que, dada a antiguidade do procedimento (supostamente feito em 1964), não haveria qualquer documento arquivado no cartório (fls. 675), atestando-se a inocuidade da diligência.

Da mesma forma, as informações do cemitério são livremente franqueadas à parte, acrescentando-se que possui baixa relevância probatória, na medida em que eventual declaração ou ato realizado pelo autor após o falecimento do Sr. E. não contribui para investigar a natureza da relação entre as partes.

O histórico completo de viagem do Sr. E e da Sra. J. também é desnecessário para a resolução da controvérsia, notadamente porque já há fotografias da mãe do autor na Itália (fls. 523-558) e declarações de parentes italianos sobre elas (fls. 652-657), além de seu passaporte trazido aos autos (fls. 510-522).

Por fim, quanto à perícia médica indireta, nota-se que não há indícios mínimos de perda das faculdades mentais pelo *de cujus* em outubro de 2010, data do último testamento feito por ele, para que houvesse justificativa para realização da diligência.

Em consulta ao andamento processual da ação de interdição do Sr. E. (autos físicos de n° 0081368-79.2010.8.26.0002), nota-se que houve indeferimento do pedido de nomeação de curador provisório em 05/05/2011, por ausência de probabilidade do direito sobre a incapacidade.

Embora a curatela provisória tenha sido posteriormente deferida em 19/06/2012, também releva assinalar que, após a perícia realizada no IMESC,

Acesso ao Sumário

foi requerida a desistência da ação, a indicar resultado desfavorável do referido ato.

Ademais, há relatório do médico neurologista que acompanhou o tratamento da Doença de Parkinson pelo *de cujus* emitido em maio de 2020, que afirma que só "*mais recentemente, houve sinais demenciais, com alteração de fala*" (fls. 170).

Anote-se ainda a ausência de qualquer menção de testemunhas e informantes sobre eventual incapacidade do falecido, que só faleceu cerca de dez anos após a lavratura do testamento.

Por isso, tendo-se em vista a falta de substrato probatório sobre a tese autoral e a baixa eficácia da perícia indireta *sub judice*, agiu com acerto o magistrado *a quo* ao indeferir o requerimento probatório.

Quanto ao mérito, verifica-se que o autor não se desincumbiu do ônus de provar a relação de filiação socioafetiva com o falecido E.C.L.P. Senão vejamos.

Extrai-se dos autos que o pai biológico do autor faleceu em sua primeira infância e, desde cerca dos cinco anos de idade, sua mãe iniciou sociedade conjugal com o Sr. E., quem já tinha como filhas do primeiro casamento as rés Si. e Su., e passou a residir com ele.

Nesse contexto, impõe-se ponderar a dificuldade da diferenciação entre a forte consideração e afinidade própria da relação entre enteado e padrasto, especialmente quando próximos desde o início da vida daquele, e a posse do estado de filho, que deve ser interpretado como laço afetivo máximo entre parentes.

Com efeito, a eventual existência de diferença de tratamento, de notoriedade e de envolvimento emocional manifesta-se de formas sutis, em momentos por vezes pontuais, porém bastante significativos, não se podendo reconhecer filiação socioafetiva de todo enteado que mantenha boa relação com o esposo de seu genitor.

Isso considerado, a prova documental juntada aos autos não produz elementos com a robustez necessária para o reconhecimento do vínculo socioafetivo pleiteado.

A uma, as fotografias da infância (fls. 24-34) e de momentos de convivência entre o Sr. E. e os filhos do autor (fls. 65-75) nada esclarecem sobre a qualidade do relacionamento entre as partes, pois tais momentos de lazer igualmente soem ser tidos com enteados.

Os lugares de destaque atribuídos pelo autor ao *de cujus* no convite de casamento (fls. 57) e na cerimônia (fls. 58-61), além da indicação dele e de sua mãe como padrinhos de batismo do filho do autor (fls. 76), tampouco são cruciais para a controvérsia, embora sejam indícios de maior participação afetiva na vida do autor.

Ocorre que, dada a circunstância de que o pai biológico do autor já havia falecido, também é compatível com a relação de enteado a assunção de papel de

Acesso ao Sumário

relevo no matrimônio do autor, para que não tivesse simplesmente a ausência paterna.

Ainda em sede indiciária, convém destacar explicitamente que a qualificação como dependente "filho" do autor na declaração de imposto de renda do falecido (fls. 35-40, 45-47, 273-278, 279-283) não merece ser valorada como favorável ao autor, pois tal declaração é desprovida de propósitos existenciais e destinada precipuamente a obter dedução no pagamento do tributo.

Em igual sentido, são inócuas para provar a causa de pedir autoral as mensagens trocadas entre as partes nas quais as rés se referem ao falecido como "papai" (fls. 266-270), pois tal tratamento é comum entre irmãos unilaterais e era igualmente utilizado pelas rés nas menções ao *de cujus* em conversas com terceiros (fls. 466).

A declaração de óbito que indica o autor como filho do falecido feita por pessoa cuja identidade não se esclareceu nos autos (Sra. D.S. - fls. 97-98) tampouco indica qual era o tratamento entre autor e *de cujus*, pois tal documento é baseada em informações fornecidas pelo próprio declarante e pelas pessoas presentes no local.

De outra parte, paralelamente à valoração dos documentos mencionados pelo autor, há importantes elementos que contrariam a alegação de posse de estado de filho.

Observa-se que o *de cujus* realizou cinco testamentos em vida (1974, 1997, 1998, maio de 2010 e outubro de 2010 - fls. 193), sendo que em nenhum deles indicou o autor como filho, mesmo naqueles posteriores ao Código Civil de 2002, em que seria possível o reconhecimento por disposição de última vontade (art. 1609, III, do Código Civil).

Ademais, nota-se que só deixou bens ao autor em dois deles (1997 - fls. 204-206 e maio de 2010 - fls. 211-213) e, mesmo assim, se limitou a legar parte das cotas sociais de sociedade limitada que constituiu com o autor, o que constitui indício contrário à suposta igualdade de tratamento com as demais filhas.

Frise-se ainda que, no último testamento, a parte disponível foi integralmente atribuída às rés C. e A., sem qualquer menção ao autor, em negócio jurídico cuja validade é inequívoca, como já destacado acima sobre a capacidade ativa para testar.

Ademais, como bem destacou o magistrado sentenciante, também é revelador do tratamento e consideração destinados ao autor pelo falecido, que seus parentes que habitam a Itália não o conheciam como filho, embora tivessem mantido contato com a Sra. J., mãe das partes.

Isso se extrai das fotografias dos parentes com a esposa (fls. 523-558) e, por outro lado, das declarações de cartas manuscritas, com tradução juramentada, da irmã do *de cujus*, Sra. A.P., e do sobrinho R.P. (fls. 650-657).

Além disso, a prova oral colhida nos autos tampouco aponta para o trata-

Acesso ao Sumário

mento e relação afetiva típicos de pai e filho, entre o autor e o Sr. E.

Quanto ao conhecimento da falta de parentesco biológico entre as partes, a maioria dos depoentes conhecia tal circunstância: informante S. (amigo íntimo do autor), que "*soube que* [o autor] *era enteado* [do Sr. E.] *depois de bastante tempo trabalhando na fábrica*" por "*um funcionário da fábrica*" (fls. 801-802), a testemunha I. (ex-namorada do autor) e dois parentes distantes do Sr. E., as testemunhas Ju. e C.

Por outro lado, o informante A. (amigo íntimo do autor) e a testemunha Ja. (empregada doméstica que trabalhou por dez anos na residência do Sr. E.) negaram conhecer tal circunstância.

Os depoimentos observados apontam que, embora a classificação como enteado não fosse expressamente reforçada a todo momento, a falta da condição de filho (biológico) era disseminada em diversos contextos pelo *de cujus*, de profissional até o círculo da família alargada.

No que tange à consideração, igualmente inexistente referência segura sobre a falta da distinção entre o autor e as corrés.

De um lado, a testemunha Ja disse que "*Eles pareciam pai e filho e o tratamento era normal. Nunca vi um tratamento diferenciado, por parte do Sr. E., entre o autor e as irmãs*" (fls. 805), o que foi corroborado pelos informantes do autor.

No entanto, a testemunha I. declarou que "*do que eu vi, as filhas do Sr. E. 'tudo podiam' e o autor precisava trabalhar para comprar as coisas dele"* (fls. 807) e a testemunha Ju, que "*o Sr. E. era um "paizão" com as filhas, inclusive viajava. No que eu percebia, o tratamento era diferente entre elas e o autor*" (fls. 809).

Portanto, valorando-se os elementos documentais juntados aos autos, atribuindo o peso correspondente aos testamentos lavrados pelo *de cujus*, e os depoimentos realizados em audiência, é de rigor considerar que não foi preenchido o standard probatório para reconhecimento da filiação socioafetiva póstuma.

Em suma, a sentença recorrida não merece reparo.

Diante do desfecho dado ao recurso, ficam os honorários advocatícios em favor dos patronos das rés majorados para R$ 12.000,00 a cada advogado, considerada a sucumbência recursal, o que atende ao disposto no art. 85, §§ 2º e 11, do CPC.

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008325-69.2022.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AIG SEGU-

Acesso ao Sumário

ROS BRASIL S.A., é apelado FIDELIDADE VIAGENS E TURISMO LTDA.

ACORDAM, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 922)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente sem voto), ALFREDO ATTIÉ e CELINA DIETRICH TRIGUEIROS.

São Paulo, 28 de novembro de 2023.

DARIO GAYOSO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO REGRESSIVA. CANCELAMENTO DE VIAGEM POR MOTIVO DE INTERNAÇÃO DE GENITOR DO SEGURADO. RETENÇÃO DE 51,63% DOS VALORES PAGOS. RESPEITÁVEL SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA SEGURADORA SUB-ROGADA NOS DIREITOS DO CONSUMIDOR PARCIALMENTE ACOLHIDO. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. NÃO OCORRÊNCIA. GRAVIDADE DA ENFERMIDADE NÃO COMPROVADA. PERCENTUAL RETIDO QUE SE MOSTRA DESPROPORCIONAL. REDUÇÃO DEVIDA. RETENÇÃO DE APENAS 20%. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DOS PARÂMETROS EXISTENTES NA DELIBERAÇÃO NORMATIVA 161/85, DA "EMBRATUR". PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação regressiva proposta por Aig Seguros Brasil S.A em face de Fidelidade Viagens e Turismo Ltda visando o ressarcimento do valor pago ao segurado.

A ação foi julgada improcedente (p.161/163).

Inconformada, apela a autora alegando que o pai do segurado foi hospitalizado e submetido à internação médica por problemas de saúde, razão pela houve o pedido de cancelamento da viagem. Argumenta que a apelada reembolsou apenas R$ 5.770,05, retendo 51,63% do valor pago, o que caracteriza conduta abusiva vedada pelo código consumerista. Acrescenta que pagou indenização complementar no importe de R$ 6.159,42 ao segurado, subrogando-se nos direi-

Acesso ao Sumário

tos e ações que competiam ao consumidor. Sustenta que a suposta tarifa promocional e a ciência da impossibilidade de reembolso não ficaram comprovadas. Entende devido o reembolso integral do valor pago, por caso fortuito ou força maior. Pretende a reforma da sentença para que a ação seja julgada procedente (p. 166/185).

Contrarrazões pela manutenção do julgado (p.191/201).

Presentes os pressupostos de admissibilidade.

É o relatório.

V O T O.

Preservado o convencimento da MMa. Juíza, o recurso comporta parcial provimento.

A relação contratual entre o segurado e a agência de viagens é de consumo, e a seguradora autora ao realizar o pagamento de indenização, sub-roga-se na qualidade de credora da parte segurada, em relação ao causador do dano, conforme estatuído no artigo 786 *caput*, do Código Civil, atraindo para si as garantias e direitos que os segurados teriam se exercessem a pretensão indenizatória diretamente à requerida, cuja origem do crédito se ancora na relação de consumo.

A Súmula 188, do Egrégio Supremo Tribunal Federal estabelece:

"O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato de seguro".

Assim, possível a modificação ou revisão das cláusulas, com base no artigo 6º, inciso V, do código consumerista, sendo irrelevante ter sido o segurado cientificado da retenção de 50% do valor da reserva pelo hotel parceiro.

Vale ressaltar que a solidariedade entre a apelada e o hotel ocorre por força de lei (art. 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor), cabendo a todos envolvidos na cadeia de consumo responderem pela reparação dos danos.

Restou incontroverso que a reserva do hotel estava prevista de 25/11/2018 a 10/12/2018 (p. 79), pelo valor de R$11.929,47 (p. 78).

Considerando o relatório médico, de 22/11/2018 (p.81), é possível concluir que o pedido de cancelamento ocorreu com menos de uma semana de antecedência.

Não se constata ocorrência de caso fortuito ou força maior, tendo-se em vista que não foi o próprio segurado acometido por doença, inexistindo provas sobre a gravidade da enfermidade e de que o acompanhamento só poderia ser feito pelo segurado.

Logo, algum valor deveria mesmo ser retido, até porque o cancelamento ocorreu com pouca antecedência.

Todavia, a retenção de 50% do valor da reserva, em caso de cancelamento, demonstra vantagem exagerada a favor do fornecedor (art. 51, IV,§1º, III, do

Acesso ao Sumário

Código de Defesa do Consumidor).

Ainda que não se possa atribuir à requerida a culpa pela rescisão, admitir a retenção de 50% do valor da reserva seria manifesto enriquecimento sem causa do fornecedor.

Aliás, não há noticia de que o quarto tenha ficado sem ocupação naquele período, sendo certo que o hotel não despendeu qualquer quantia, e ainda poderia acomodar outra familia nos aposentos.

Desse modo, é devida a redução da retenção.

Isto porque, admitir que o segurado e o hotel arquem com metade cada um não consideraria a hipossuficiência do consumidor.

Para ponderar a porcentagem devida pelo consumidor é preciso considerar a data de aviso do cancelamento, e ainda, que decorre do risco do negócio da requerida eventual cancelamento e prejuízo deste decorrente. Ademais, frise-se, o hotel não despendeu qualquer valor com a reserva.

Em casos semelhantes esta Colenda 27ª Câmara admitiu razoável retenção em torno de vinte por cento (20%):

> APELAÇÃO. Ação regressiva de ressarcimento de danos ajuizada por seguradora sub-rogada nos direitos dos consumidores beneficiários. SENTENÇA que julgou a demanda improcedente. RECURSO manejado pela parte autora. EXAME. **Cancelamento de viagem efetuado pelos consumidores. Percentual retido pela apelada em razão do cancelamento que se revela abusivo. Aplicação por analogia dos parâmetros existentes na Deliberação Normativa nº 161/85 da Embratur.** Precedentes. Sentença reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1123993-25.2021.8.26.0100; Relator (a): Celina Dietrich Trigueiros; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 39ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/07/2023; Data de Registro: 11/07/2023)
>
> APELAÇÃO. Ação regressiva. **Cancelamento de viagem por motivo de cirurgia de genitor. Retenção de 17,94% pelos serviços de reserva** e de cancelamento prestados pela agência de viagem. Pedido de restituição integral. Sentença de improcedência. Irresignação da seguradora sub-rogada nos direitos dos autores. Exame: **percentual retido pela agência de viagem que se mostra proporcional e razoável. Aplicação por analogia dos parâmetros existentes na Deliberação Normativa nº 161/85 da Embratur**. Precedentes. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1002520-62.2022.8.26.0286; Relator (a): Celina Dietrich Trigueiros; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itu - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/04/2023; Data de Registro: 25/04/2023).

A norma 161/85, da Embratur, em seu item 8.1.2 “c”, prevê que o can-

Acesso ao Sumário

celamento da viagem, por iniciativa do usuário, autoriza a retenção de alguma porcentagem sobre o valor pago:

8.1.2 - Por iniciativa do usuário:

a) o usuário devera providenciar, em tempo hábil, sua substituição por outro participante, nas mesmas condições contratadas e, no caso de não haver contratado apartamento individual, de igual sexo; ou

b) acordar com a agência sua participação em outro programa, de qualquer tipo de entendimento que satisfaça ambas as partes; ou

c) não sendo viável a aplicação das hipóteses anteriores, perda, em favor da agência, dos seguintes percentuais sobre o preço da excursão excetuada a parte aérea:

c.1 - 10% - cancelamento a mais de 30 dias antes do início da excursão;

c.2 - 20% - cancelamento entre 30 e 21 dias antes do início da excursão;

Diante da parcial procedência, os ônus sucumbenciais devem ser readequados, ficando as custas e despesas divididas na proporção de 40% para a autora e 60% para a requerida; e, os honorários de R$ 1.500,00 a favor da autora e R$1.200,00 a favor da requerida, arbitrados por equidade, conforme tese firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (Tema 1076).

A regra aplicável aos honorários, no caso concreto, é aquela disposta no artigo 85, §§ 8º, do Código de Processo Civil, que se coaduna com o Tema 1076:

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

§1º ***São devidos honorários advocatícios*** *na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.*

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

A tese firmada no Tema 1076, pelo Superior Tribunal de Justiça, foi nesse sentido:

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*

Acesso ao Sumário

*vencedor for inestimável ou **irrisório**; ou (b) o **valor da causa for muito baixo**.*

Nesse contexto, pelo meu voto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso** para condenar a requerida ao pagamento do equivalente a vinte por cento (20%) do valor da reserva, respeitado o limite do desembolso pela seguradora.

Considera-se prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional, com a finalidade de viabilizar o eventual acesso à Superior Instância, mediante as vias extraordinária e especial, observado o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento torna-se desnecessária a menção numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (STJ - EDROMS 18205/SP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006783-43.2021.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes PAROLAR L C COMÉRCIO DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA. EPP e M SHOP COMERCIAL LTDA., é apelado THIAGO FERREIRA DINIZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.741)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente sem voto) e CLAUDIA MENGE.

São Paulo, 30 de novembro de 2023.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA - Aquisição de micro-ondas com defeito na placa do produto - Ação de indenização por danos materiais e morais - Acolhimento dos pedidos - Apelação da comerciante do bem - Responsabilidade solidária da vendedora e da fabricante do produto (art. 18 do CDC) - Devolução do valor pago, com acréscimos legais, na forma do art. 20, II, CDC - Prejuízo moral, no entanto, não evidenciado à vista dos fatos articulados na petição inicial - Situação corriqueira na vida em sociedade, já resolvida com a devolução do valor de aquisição e acréscimos legais - Ausência de demonstração probatória em outro senti-

Acesso ao Sumário

do - Sentença alterada - Recursos providos, em parte.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença proferida a fls. 279/283, que julgou parcialmente procedente ação de procedimento comum, para condenar as rés em R$ 9.350,00, corrigidos monetariamente desde a data da aquisição do produto,e juros de mora a contar da citação e em indenização de R$ 10.000,00, por danos morais, mais custas processuais e honorários advocatícios em 15% do valor da condenação.

Apela a ré Parolar, insistindo em que é parte ilegítima para a demanda, eis que simples revendedora, cabendo eventual responsabilidade ao fabricante do produto, que não realizou a entrega para adequada troca. No mérito, pretende que seja afastada a condenação em indenização por dano moral ou, subsidiariamente, para redução do valor arbitrado, bem como da verba honorária advocatícia.

Também recorre a corré M. Shop, a fim de que seja afastada a condenação por dano moral e, subsidiariamente, que seja reduzido o valor arbitrado.

Recursos tempestivos, com recolhimento de preparo e contrariados.

Este o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

Os apelos comportam acolhimento parcial.

O que se tem dos autos é que o autor adquiriu da Parolar, em 4 de outubro de 2018, um micro-ondas Grill elétrico 60 cm 35L 220V, no valor de R$ 9.350,00. Afirma que após alguns meses de uso o produto passou a apresentar defeito na placa. Relatou que após diversas tratativas recebeu um novo micro -ondas em março de 2020, que veio com o mesmo defeito, travando após alguns minutos de uso, de forma que acionou a assistência técnica responsável, porém não obteve êxito. Por isso que ingressou em juízo com pedidos de devolução do valor e indenização por dano moral sofrido.

A decisão baixada acolheu as suas pretensões, respaldada na seguinte fundamentação:

"*No caso em tela, o autor adquiriu um micro-ondas eivado de vício e mesmo após a troca o produto continuou apresentando os mesmos defeitos.*

Nesse contexto, decorrente do incontroverso e demonstrado vício do produto e ausência de conserto, de rigor a aplicação do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor: "os fornecedores de produto de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor".

Além disso, "não sendo o vício sanado o prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos".

Acesso ao Sumário

Tem-se mesmo que o vício do produto não só não foi sanado no prazo legal, como após a sua troca continuou a apresentar defeitos de fabricação.

Diante disso, é direito subjetivo do autor a escolha pela rescisão do contrato, com a devolução do valor pago pelo produto (art. 18, § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor).

A desconstituição do contrato é medida que se impõe e, por consequência, o retorno das partes ao status quo ante, com a devolução ao autor da quantia paga, qual seja R$ 9.350,00.

Ante a desconstituição do negócio jurídico, impõe-se a transferência da propriedade do bem em favor das rés, facultando-se a retirada do produto da empresa de assistência técnica ou donde e com quer que se encontre, no prazo de 60 (sessenta) dias.

Outrossim, há responsabilidade dos réus pelos danos morais sofridos pela parte autora, visto que é evidente a dor psíquica experimentada por aquele que adquire um eletrodoméstico e não só não consegue utilizá-lo, como por conta do descaso das empresas rés, leva anos até conseguir solucionar o problema com item adquirido.

Destarte, considerando-se a extensão do dano (nos exatos termos do art. 944, CC), a possibilidade econômica do ofensor, a condição econômica do ofendido, e o caráter didático da reparação pecuniária (que deve servir como desestímulo à prática de nova conduta lesiva por parte do ofensor), reporto suficiente o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização pelo dano moral suportado pelo requerente".

Pois bem.

Não há razão para se invocar ilegitimidade de parte passiva da Parolar LC Comércio de Eletrodomésticos Ltda., uma vez que ela participa da cadeia de fornecimento, "ex vi" do disposto no artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor, que reconhece a responsabilidade solidária entre o fornecedor do produto e seu fabricante, pelos prejuízos ou danos que vierem a causar ao consumidor, na prática de sua atividade comercial, em razão de vício no objeto a ser comercializado.

Acesso ao Sumário

No caso, está então demonstrada a sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

No entanto, aqui não ocorre caso em que se evidencie sofrimento a nível moral. Não se afigura presente vexame, sofrimento profundo ou humilhação à pessoa, que provocassem transtornos incontornáveis, com reflexos indeléveis à sua vida e honra. Ao menos não se interessou o autor em fazer prova disto, o que, em princípio, não se pode presumir em situação corriqueira no cotidiano do homem comum.

No caso, houve aquisição frustrada de produto pelo autor, mas resolvida com a determinação de devolução dos valores pagos e acréscimos legais.

Em princípio, ressalvadas situações provadas em outro sentido, o descumprimento de contrato não gera dano moral.

Neste sentido tem decidido este Tribunal de Justiça:

"COMPRA E VENDA - BEM MÓVEL / MÁQUINA DE LAVAR - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Compra e venda de eletrodoméstico - Bem não entregue - Danos morais não configurados - Mero inadimplemento contratual - Ação parcialmente procedente - Recurso desprovido, com observação. (Apelação Cível nº 1007293-70.2022.8.26.0248; 35ª Câm. Dir. Priv., Des. Rel. MELO BUENO, j. 28.4.2023).

"APELAÇÃO - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZATÓRIA - Compra e venda de bem móvel - Autora que adquiriu produto junto à ré, o qual não foi entregue - Sentença de parcial procedência - Apelo da requerente - Matéria devolvida que se restringe à caracterização de DANOS MORAIS - Não configuração - Situação que não ultrapassa o mero aborrecimento - Ausência de demonstração de que a conduta da ré tenha ensejado ofensa intensa e duradoura ao comportamento psicológico da demandante ou a seus direitos personalíssimos - Não comprovada situação de sofrimento ou humilhação, justificadora da compensação - Negado provimento." (Apelação Cível nº 1008563-21.2021.8.26.0554, 25ª Câm. Dir. Priv., Des. Rel. HUGO CREPALDI, j. 4.4.2022).

"AÇÃO INDENIZATÓRIA. Pleito fundado na aquisição de aparelho eletrônico defeituoso. Sentença de procedência. Ré que se insurge contra a condenação por danos morais. Hipótese de mero dissabor. Indenização por danos morais indevida. Apelo provido" (Ap. nº 0010655-97.2012.8.26.0038, 36ª Câm. Dir. Priv., Des. Gil Cimino, j. 21.11.2013).

"RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais - Televisor - Assistência técnica - Prestação defeituosa dos serviços - Acolhimento do pedido de devolução do dinheiro pago pelo consumidor - Indevida indenização por danos morais - Transtornos e aborrecimentos do dia-a-dia insuscetíveis de reparação - Ratificação dos fundamentos da sentença (art. 252 do RITJSP) - RECURSO DESPROVIDO. "(Ap. nº 0004611-47.2012.8.26.0625, 3ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 22.10.2013).

"COMPRA E VENDA - Máquina de lavar roupas - Defeito - Ação de obrigação de fazer (troca do produto) cumulada com indenização por danos materiais e morais proposta contra a vendedora e a fabricante - Sentença de parcial procedência - Rejeição dos pedidos de indenização - Apelo da autora voltado ao recebimento de indenização por danos morais - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Inexigibilidade

Acesso ao Sumário

da indenização por danos morais - Ausência de dano à honra da compradora - Apelação desprovida"(Ap. nº 0002195- 98.2013.8.26.0390, 29ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. 17.8.2016).

O entendimento da jurisprudência tem sido exatamente neste sentido, preservando o sagrado instituto do dano moral às situações que realmente tragam ao lesado prejuízo à sua honra, bom nome e dignidade.

Em julgamento no STJ assim se decidiu:

"Agressão ou atentado aos direitos de personalidade. Necessidade de reavaliação da sensibilidade ético-social comum na configuração do dano moral. Inadimplemento contratual ou vício do produto não causa, por si, danos morais (Recurso Especial n. 1.637.266-BA, j. 1º.12.2016, rel. Min. Nancy Andrighi).

"O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige" (Recurso Especial nº 714.611/PB, Relator Ministro César Asfor Rocha, j. 12.09.2006).

"CIVIL. DANO MORAL. O inadimplemento contratual implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais; não, danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os dissabores de um negócio frustrado. Recurso especial não conhecido" (REsp nº 201.414/PA, Terceira Turma, relator Ministro Waldemar Zveiter, relator para o acórdão o Ministro Ari Pargendler, DJ de 5.2.2001).

Nessas circunstâncias, o caso é de reforma parcial da r. sentença, pois, sem a demonstração de prejuízo experimentado, inviável a indenização pretendida pelo autor, neste título, que fica afastada.

Por se consubstanciar hipótese de sucumbência recíproca, cada parte deve arcar com metade das custas processuais, arbitrados honorários de advogado em 15% do valor da condenação para o autor e igual percentual para as rés sobre o valor agora extirpado da sentença.

Por estas razões, meu voto dá provimento parcial aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011816-50.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA., é apelado MARA APARECIDA CORREA TELLES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª 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 52.483)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente), ANTONIO RIGOLIN e ROSANGELA TELLES.

São Paulo, 1º de dezembro de 2023.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL - PRELIMINAR CONTIDA NAS CONTRARRAZÕES - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE - IMPERTINÊNCIA - INÉPCIA RECURSAL - NÃO OCORRÊNCIA - REJEIÇÃO. O princípio da dialeticidade deve ser observado a teor do que dispõe a norma do art. 1.010, II, do Código de Processo Civil, norma esta observada pela recorrente, visto que o raciocínio desenvolvido na fundamentação da sentença sofreu os regulares questionamentos nas razões do apelo, pelo que resta afastada a preliminar.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E LUCROS CESSANTES - PERFIL MANTIDO PELA AUTORA JUNTO À REDE SOCIAL 'FACEBOOK' - DESATIVAÇÃO DE CONTA POR SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS TERMOS DE SERVIÇO - DESCABIMENTO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO PELA RÉ - DETERMINAÇÃO DE REATIVAÇÃO DA CONTA E DA FERRAMENTA DE MONETIZAÇÃO - PERFIL UTILIZADO PARA ATIVIDADE ECONÔMICA - EXCLUSÃO IMOTIVADA DA CONTA - LUCROS CESSANTES - CARACTERIZAÇÃO - NECESSIDADE DE APURAÇÃO DO 'QUANTUM' EM LIQUIDAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

I - Considerando que a conta da autora na rede social 'Facebook' foi desativada imotivadamente pela ré, acertada a determinação judicial de reativação do perfil e da ferramenta de monetização;

II - Havendo perda patrimonial pela autora em razão da conduta da ré, pertinente a sua condenação ao pagamento dos lucros cessantes, devendo o montante ser

Acesso ao Sumário

apurado em liquidação.

VOTO

MARA APARECIDA CORREA TELLES propôs ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais e lucros cessantes frente a **FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA**, julgada parcialmente procedente, por meio da r. sentença de fls. 176/179, cujo relatório se adota, para condenar a ré a restabelecer o perfil da autora na rede social "Facebook", bem como a ferramenta de monetização, condenando-a também ao pagamento de lucros cessantes, a serem apurados em liquidação, rejeitado o pedido de indenização por danos materiais. Em vista da sucumbência de ambas as partes, foram condenadas a arcar com o pagamento das verbas, nos seguintes moldes: 1) arcará a parte autora com o pagamento das custas e despesas processuais, à razão de 30% e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o proveito econômico não obtido (danos morais); 2) arcará a ré com 70% das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios de 10% sobre o montante atualizado dos lucros cessantes a serem pagos, vedada a compensação (CPC, art. 85, § 14).

Opostos embargos declaratórios pela ré, foram eles rejeitados, consoante a r. decisão de fl. 186.

Inconformada, apela a ré, almejando a reforma da sentença. Aduz, em síntese, que a autora violou os termos de uso da plataforma, o que acarreta a possibilidade de exclusão do seu perfil, eis que não pode ser obrigada a permanecer contratando, sob pena de violação ao disposto nos arts. 5º, XX, da CF e 421 do Código Civil. Diz que agiu em exercício regular de direito, conforme o art. 188, I, do CC, em atenção aos princípios da liberdade de contratação e livre iniciativa e liberdade econômica. Aponta a impossibilidade de cumprir a determinação judicial de reativação da conta da autora, eis que houve violação por engajamento inautêntico. Reputa descabida a condenação ao pagamento de lucros cessantes, ante a ausência de comprovação. Por fim, considera que os ônus sucumbenciais devem ser imputados à parte adversa, em atenção ao princípio da causalidade. Requer o provimento recursal (fls. 194/202).

A autora apresentou contrarrazões, suscitando preliminar de não conhecimento do recurso, por violação ao princípio da dialeticidade e, no mérito, pugnando pela rejeição do apelo (fls. 209/219).

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Primeiramente, rejeito a preliminar aduzida nas contrarrazões acerca da inépcia da apelação, por ausência de impugnação específica da sentença, consoante o art. 1.010, II e 1013, ambos do CPC.

Nesse aspecto, deve ser observado o teor do que dispõe a norma do art. 1.010, II, do Código de Processo Civil, sendo que, sem que sejam demonstrados

Acesso ao Sumário

os motivos capazes de ensejar a modificação do ato impugnado, fica impossível ao órgão *ad quem* avaliar o desacerto, a existência de vício ou o defeito da decisão recorrida.

Observa-se das razões recursais que não há o alegado descompasso entre seu conteúdo e o contexto de análise desenvolvido pelo julgador na sentença, além de restar verificado que o ponto fulcral da fundamentação do *decisum* sofreu os regulares questionamentos nas razões do apelo, fatos que ensejam o conhecimento do recurso.

Passa-se à análise do mérito.

Infere-se dos elementos probatórios dos autos que a autora é detentora de perfil denominado "Buquê de Carinho" junto à rede social "Facebook", com cerca de 474.000 seguidores e, em 06.01.2023, a página foi retirada do ar por suposta violação dos termos de uso daquela rede social. Por discordar da punição e em vista de prejuízos sofridos com o bloqueio, a autora ajuizou a presente demanda, objetivando o restabelecimento da conta e indenização por danos morais e lucros cessantes.

Como bem observou o magistrado 'a quo', a ré não comprovou a ofensa aos termos de uso e regras da rede social, nem sequer apontou no que teria consistido tal ofensa, sendo indevida a punição aplicada à autora, qual seja, o bloqueio do perfil, como se deu.

Com efeito, nota-se que, em sede de contestação, a ré se limitou a aduz, genericamente, que foram violados os termos de uso e, por essa razão, foi desativado o perfil no *Instagram*, não especificando no que teria consistido a violação. Assim, o perfil foi cancelado repentinamente sem qualquer justificativa e, quando procurada pela autora via 'e-mail', a ré não esclareceu os motivos para a desativação da página (fls. 34/37).

A desativação repentina da conta no 'Instagram' acarretou perda financeira e outros prejuízos advindos da desativação, pois o perfil era utilizado para obtenção de renda, através da divulgação de vídeos de conteúdo religioso, com recebimento de valores correspondentes ao número de visualização dos anúncios (monetização), tendo demonstrado a autora que tentou solucionar a questão administrativamente, sem sucesso.

Portanto, acertada a condenação da requerida "Facebook" a restabelecer a conta da autora, como se deu.

Outrossim, aduz a apelante a impossibilidade de cumprimento da obrigação, eis que a autora violou os termos de uso da rede social, ante a violação "por engajamento inautêntico", não sendo possível sua reativação.

Entretanto, como já dito, limitou-se a lançar assertivas genéricas, não especificando no que teria consistido a suposta violação cometida pela autora.

Quanto aos lucros cessantes, verificado que o bloqueio da conta por iniciativa da ré ocorreu de forma arbitrária e desmotivada, causando prejuízos ma-

Acesso ao Sumário

teriais à autora, como denotam os documentos de fls. 31/32 e 38/42, faz jus aos lucros cessantes decorrentes do período em que ficou impossibilitada de divulgar seu trabalho na plataforma. Tal montante deve ser apurado em sede de liquidação de sentença, como determinado em primeiro grau, calculando-se o 'quantum' devido pela requerida à autora, através da média de faturamento do período de três meses que antecederam o bloqueio.

Por tais motivos, resta mantida a r. sentença hostilizada, inclusive quanto à repartição dos ônus sucumbenciais, sendo impertinente a pretensão de atribuição exclusiva à autora.

Por fim, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, considerando-se a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado, bem como a atuação em segundo grau, majoro os honorários advocatícios devidos ao advogado da autora para 15% do valor da condenação em lucros cessantes.

Posto isto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1016966-79.2022.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante BANCO C6 CONSIGNADO S/A, é apelada ALDENÔRA AURELIO DE ARAUJO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A DRA. CARYNA DE MELLO GIAIMO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.824)**

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

São Paulo, 29 de novembro de 2023.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - CONTRATO BANCÁRIO - EMPRÉSTIMO CONSIGNADO - CERCEAMENTO DE DEFESA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - POSSIBILIDADE.

- Alegação de fraude na celebração de contrato de empréstimo consignado- Prova documental- Expedição de ofício - Desnecessidade - Conta destinatária mantida na própria instituição financeira apelante, a tornar desnecessária a atuação do Poder Judiciário

na produção da prova- Julgamento antecipado da lide - Possibilidade:
- Considerando que o ofício seria expedido ao próprio apelante, não há se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, sendo absolutamente dispensável a intervenção do Poder Judiciário para a produção da prova.
EMPRÉSTIMO CONSIGNADO
- Bancário- Fraude- Contrato bancário- Desconto em folha de pagamento- Possibilidade - Ciência prévia do consumidor - Necessidade- Indícios que infirmam a alegação de fraude no âmbito das operações bancárias- Dano- Inocorrência- Exercício regular de direito:
- Considerando que os elementos apresentados pela instituição financeira para infirmar a alegação de fraude no âmbito das operações bancários não foram esclarecidos, deve-se concluir pela regularidade da contratação e dos descontos das parcelas pactuadas, enquanto exercício regular de direito (CC, art. 188).
RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos etc.

Trata-se de recurso de apelação interposto da respeitável sentença a fls. 285/287, que **JULGOU PROCEDENTE** os pedidos formulados na ação declaratória c.c. indenização por danos materiais e morais ajuizada por ALDENÔRA AURÉLIO DE ARAÚJO contra BANCO C6 CONSIGNADO S/A, a fim de: **1)** declarar a inexistência do contrato de empréstimo consignado "sub judice" e a inexigibilidade das parcelas dele decorrentes, tornando definitiva a tutela de urgência; **2)** condenar o réu à restituição, em dobro, dos valores descontados a tal título, com correção monetária, pela tabela prática do Tribunal de Justiça, desde o desembolso, e juros legais de mora, a contar da citação; e **3)** condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$ 7.000,00, com correção monetária, pela tabela prática do Tribunal de Justiça, desde o arbitramento, e juros legais de mora, a partir da citação. Pela sucumbência, o réu foi condenado a arcar, ainda, como pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Os embargos de declaração opostos a fls. 293/300 foram rejeitados (fls. 320).

Acesso ao Sumário

Irresignado, o réu apela (fls. 323/340), sustentando, preliminarmente, a nulidade do "decisum" por cerceamento de defesa, porquanto impossibilitada a dilação probatória, oportunamente requerida, em decorrência do julgamento antecipado da lide.

Afirma ter oportunamente postulado a expedição de ofício ao C6 Banco, a fim de que confirmasse o recebimento do valor do mútuo impugnado no âmbito desta demanda. Assim, requer "*o retorno dos autos ao primeiro grau para que seja dado prosseguimento à instrução processual, com a expedição de ofício ao Banco C6, agência 1, para confirmação de titularidade da conta bancária de nº 6097622-5 e recebimento do crédito contratado e disponibilizado*" (fls. 326).

Destaca a suficiência dos elementos coligidos aos autos para demonstrar a regular contratação eletrônica dos produtos bancários pela autora, mediante validação por biometria facial: "*[...] o Banco c6 demonstrou a regularidade da contratação formalizada entre as partes litigantes, elucidando de forma objetiva o passo a passo da concretização do contrato em sua forma digital (biometria facial)*" (fls. 327). Aduz a apresentação, no âmbito desta ação, de documento pessoal idêntico ao que lhe foi exibido para a contratação.

Assevera a disponibilização dos valores da contratação em conta bancária titularizada pela adversa, sem que tenha cuidado de consigná-los em juízo ou demonstrar a ausência de proveito econômico, mediante juntada de extratos bancários relativos ao período. Discorre sobre o considerável lapso decorrido entre a contratação do empréstimo, em 25.03.2021, e o ajuizamento da ação, em 06.10.2022, a infirmar a alegação de fraude ou prejuízo.

Volta-se contra a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, pois, mesmo a fraude não enseja, por si só, o reconhecimento de abalo aos direitos de personalidade, sendo imprescindível a demonstração da repercussão negativa pela parte autora, enquanto fato constitutivo do direito alegado em juízo (CPC, artigo 373, inciso I).

Pugna, subsidiariamente, pela redução, em conformidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, do "quantum" indenizatório e a fixação do termo "a quo" de incidência dos juros moratórios na data do arbitramento, em observância à Súmula 362 do C. Superior Tribunal de Justiça.

O recurso é tempestivo, bem-preparado (fls. 341/343) e fica recebido, nesta oportunidade, apenas no efeito devolutivo no tocante à tutela de urgência, conforme assevera o artigo 1.012, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil.

A autora contra-arrazoou a fls. 347/351, postulando o não provimento do apelo e a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, com amparo no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 357).

É o relatório.

I. ALDENÔRA AURÉLIO DE ARAÚJO move ação declaratória de ine-

Acesso ao Sumário

xistência de relação jurídica c.c. obrigação de fazer e indenização por danos morais contra BANCO C6 CONSIGNADO S/A, na qual alega ser pensionista pelo Regime Geral de Previdência Social (NB 192.860.894-6) e ter sido surpreendida com o pagamento a menor de seu benefício. Ao perquirir sobre o ocorrido, tomou conhecimento da averbação, pelo réu, do contrato n. 010018087032, no valor de R$ 21.004,57, a ser quitado por meio de 84 prestações mensais e sucessivas de R$ 506,00, com início de desconto em abril/2021, cuja origem desconhece. Destaca que recebe sua verba alimentar por instituição financeira diversa, não tendo aberto conta bancária junto ao réu, tampouco auferido qualquer proveito econômico com a contração. Pugna pela declaração de inexistência de relação jurídica, com a inexigibilidade das parcelas averbadas sobre sua fonte de renda, encerramento da conta bancária aberta em seu nome (banco 336, agência 0001, conta 6097622-5); além da condenação do réu à restituição, em dobro, dos valores descontados e ao pagamento de indenização por danos morais, no valor estimado de R$ 21.000,00.

Foram concedidos à autora os benefícios da gratuidade processual, bem como a tutela de urgência (fls. 65). Contra esta r. decisão, foi tirado o Agravo de Instrumento n. 2264628-14.2022.8.26.0000, parcialmente provido apenas para alterar a periodicidade de incidência da multa cominatória fixada na origem (cópia do v. acórdão a fls. 313/317).

Após a apresentação de defesa pelo banco e réplica, sobreveio a r. sentença de procedência, da qual interposto o presente recurso, que comporta provimento.

II. Preliminarmente, a alegação de **cercamento de defesa** deve ser afastada.

Nos termos do art. 355, inc. I, do Código de Processo Civil, o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença com resolução do mérito, quando não houver necessidade de produção de outras provas.

Nesse particular, a jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça** inclina-se no sentido de que *o julgamento antecipado da lide, por si só, não caracteriza cerceamento de defesa, já que cabe ao magistrado apreciar livremente as provas dos autos, indeferindo aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias*[1]. *E, ainda: Hão de ser levados em consideração o princípio da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz, que, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, permitem ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução do processo, bem como o indeferimento daquelas que considerar inúteis ou protelatórias*[2].

E, no caso, pesem as alegações do apelante, é certo que não era necessário a produção de mais provas, especialmente a expedição de ofício à instituição financeira destinatária do numerário objeto da contratação. Com efeito, verifica-

1 *In* AgRg no AREsp 288758 / SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, D.J. 16.04.2013.

2 *In* AgRg no AREsp 136341 / SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, D.J. 04.12.2012.

Acesso ao Sumário

se pelo comprovante a fls. 139, que a quantia de R$ 21.004,57 foi direcionada à conta mantida no próprio apelante, detendo, por conseguinte, plenas condições de apresentar o documento sem necessidade de intervenção judicial.

No mérito, verifica-se, no particular, uma relação tipicamente consumerista, na qual se enquadra perfeitamente a autora como consumidora e o réu como fornecedor, nos parâmetros da Lei n. 8.078/1990.

Desse modo, a responsabilidade do prestador de serviços pela reparação de eventuais danos ocorridos independe de comprovação de culpa, exigindo apenas o defeito na prestação do serviço, o dano e o nexo causal entre eles, conforme disposto no artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Pois bem. Afirma a autora ter sido vítima de fraude, por meio da contratação indevida, em seu nome, de empréstimo consignado, qual seja, aquele identificado pelo n. 010018087032, de março/2021, no valor de R$ 21.004,57, a ser quitado por meio de 84 prestações mensais e sucessivas de R$ 506,00.

Ao seu turno, sustenta o réu a regularidade da contratação, ao fundamento de efetiva anuência da consumidora por meio da assinatura eletrônica do respectivo instrumento, bem como proveito econômico, mediante crédito da respectiva importância em conta bancária por ela titularizada (fls. 139).

Ora, os elementos presentes nos autos atestam a regularidade da contratação, ocorrida em 25.03.2021, e o exercício regular de direito da casa bancária ao proceder à averbação dos descontos mensais em folha de pagamento da consumidora. Senão veja-se:

A identificação de onde se originou a contratação se encontra a fls. 359, por meio de coordenadas (latitude -24.03469140 e longitude -46.53017180), e, em consulta ao sítio eletrônico "Googles Maps", por meio de imagem extraída do local, em abril/2021, verifica-se lá estar instalado o escritório "Catelani Advocacia", com indicação expressa do nome da patrona constituída pela autora a fls. 245. Instadas as partes a se manifestarem sobre o fato, a autora permaneceu inerte (fls. 364), nada esclarecendo.

Assim, não há como acolher a tese de desconhecimento da contratação eletrônica, que, ademais, se encontra acompanhada de fotografia da contratante (fls. 116) e cópia do documento pessoal (fls. 142), idêntico àquele utilizado para instruir a petição inicial (fls. 15)

E nenhuma irregularidade se extrai pelo mero fato de se tratar de contratação eletrônica, formalizada em meio digital, conforme expressamente se dessume do artigo 3º, da Instrução Normativa INSS n. 28/2008.

Da mesma forma, há comprovante de transferência do produto integral da contratação para conta titularizada pela interessada (fls. 139), não lhe socorrendo a afirmação deduzida na exordial de que desconhece a conta bancária em questão, pois em conflito com a declaração prestada no Boletim de Ocorrência a fls. 51/52: "*Comparece nesta delegacia a vítima noticiando que possui um*

Acesso ao Sumário

empréstimo no banco mercantil a qual precisou fazer para pagar algumas contas. Por ser idosa e não ter entendimento de tecnologia, sua amiga Silvana lhe ajuda a organizar as contas, bem como a acompanha para levar ao médico. Ficou sabendo através dela que havia um empréstimo na sua conta no valor de R$ 21.0004,57 [...]" (fls. 51/52).

O ônus de comprovar a legitimidade da contratação era do réu, do qual desincumbiu bem, ao demonstrar se tratar de contratação eletrônica, nos termos acima expostos, em cumprimento ao quanto disposto no **artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil.**

Tendo em vista existir, ainda, prova da disponibilização integral do valor objeto do mútuo bancário na conta bancária da apelada, nenhuma irregularidade se extrai pelos descontos mensais das parcelas previamente ajustadas. Conforme reza o artigo 186 do 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*".

Logo, a pretensão autoral é improcedente.

III. Ante o exposto, por meu voto, **dá-se provimento ao recurso**, a fim de julgar a ação improcedente.

Pela sucumbência, arcará a autora com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, ressalvado a gratuidade processual concedida.

Respeitadas as decisões dos tribunais superiores, pelas quais vêm afirmando ser preciso o pré-questionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais inferidos violados e a fim de ser evitado eventual embargo de declaração, tão só para esse fim, por falta de sua expressa referência na decisão então proferida, ainda que examinado de forma implícita, dou por pré-questionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000920-74.2020.8.26.0383, da Comarca de Nhandeara, em que é apelante/apelado ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL DE JALES., é apelado/apelante OSVALDO JOSÉ VICENTE FILHO (JUSTIÇA GRATUITA), Apelados INSTITUTO EDUCACIONAL CRISTAL NOROESTE LTDA ME, INSTITUTO EDUCACIONAL HENRY WALLON NOROESTE LTDA, CLÁUDIO CÉSAR PEREIRA CRISTAL, SOCIEDADE BRASILEIRA DE ENSINO SUPERIOR e FAMOSP – SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR MOZARTEUM.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da corré e negaram provimento ao recurso adesivo do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 0089)**

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

São Paulo, 4 de dezembro de 2023.

PAULO ALONSO, Relator

Ementa: 1. APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS.

2. Ação julgada procedente em parte. Autor que, mesmo frequentando o curso contratado, não recebeu o correspondente diploma.

3. *Apelação da corré Associação Educacional de Jales.* Ausente prova de relação entre tal instituição de ensino e o autor e, menos ainda, de que esta seria a responsável pela certificação e emissão do diploma. Suposta monografia que não se presta a tanto, por se tratar de documento elaborado pelo autor de forma unilateral, sem prova de apresentação do trabalho à Universidade em questão.

4. Responsabilidade que não pode ser imposta a quem não integra a relação negocial sob exame.

5. *Recurso adesivo do autor*. Inconformismo atinente ao indeferimento do pedido de lucros cessantes e visando majoração da indenização por danos morais. Pretensões que não comportam acolhimento.

6. Verba indenizatória fixada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, com atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem comportar majoração. Lucros cessantes incabíveis, posto que a simples obtenção de diploma não representa automática colocação no mercado de trabalho ou incremento salarial.

7. Recurso da corré provido. Recurso do autor desprovido. Sentença reformada em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação e recurso adesivo contra a r. sentença de fls. 1384/1387, que *julgou parcialmente procedente a ação* em relação aos réus *INSTITUTO EDUCACIONAL CRISTAL NOROESTE LTDA ME, INSTITUTO EDUCACIONAL HENRY WALLON NOROESTE EIRELI e CENTRO UNIVERSITÁRIO DE JALES (UNIJALES)*, condenando-os, de forma solidária, a restituírem ao autor os valores desembolsados por ele, *em dobro*, com correção monetária a contar de cada desembolso e juros de mora de 1% ao mês desde a citação, além de pagarem a ele o montante de R$ 10.000,00 a título de indenização para reparação dos danos morais, com correção monetária a contar da sentença e juros de mora de 1% ao mês da citação. Estabeleceu ainda que arcarão os réus sucumbentes com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios do advogado do autor, fixados em 15% sobre o valor atualizado da condenação, na forma do art. 85, § 2º, do CPC.

Em relação aos corréus FAMOSP e FACULDADE BRASIL, o nobre magistrado decidiu que arcará o autor com o pagamento das custas e das despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios dos advogados dos litisconsortes, no patamar de 10% sobre o valor atualizado da causa, observando-se, contudo, os benefícios da gratuidade da justiça a ele deferidos (art. 98, § 3º, do CPC).

Recorre a corré Associação Educacional de Jales (fls. 1391/1399) sustentando que não há comprovação alguma de responsabilidade sua quanto à emissão de diploma do curso ofertado pela *Cristal Noroeste*; que a documentação juntada pelo autor não é suficiente a comprovar vínculo desta recorrente com a relação de consumo; que a apresentação de monografia de conclusão de curso perante a UNIJALES não é fato incontroverso; que a condenação ao pagamento de danos morais também é equivocada, já que não há nexo de causalidade entre o suposto dano e qualquer conduta ou responsabilidade da recorrente. Caso mantida a condenação, entende que o valor da indenização deve ser minorado. *Pede* a reforma da r. decisão recorrida.

O autor apresentou recurso adesivo (fls. 1447/1453) argumentando que *a mera perda do tempo assistindo aulas, realizando atividades complementares, inutilmente, comprova que os lucros cessantes são devidos*; que a indenização por danos morais não é suficiente para reparar os danos sofridos, isto sem contar o desgaste para solução do problema, a vulnerabilidade do consumidor, os dispêndios econômicos e todos os outros danos narrados; que sem o diploma não pode tentar, ao menos, ser professor. Assim, *requer* a condenação das rés aos lucros cessantes e a majoração dos danos morais.

Contrarrazões a fls. 1405/1412 e 1454/1459).

Recursos tempestivos, com ***recolhimento de preparo*** pela corré, dispensando o autor.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

1. Cuida-se de ação indenizatória por danos materiais e morais em que o autor afirma que firmou com as rés contrato de prestação de serviços educacionais para o curso de Pedagogia; que o contrato foi totalmente adimplido e o curso realizado, cumpridos os requisitos de frequência, média de notas mínimas, apresentação de trabalho de monografia à UNIJALES, *porém* não recebeu o certificado. Afirma que sem a emissão do diploma não pode assumir qualquer cargo. Apresentou documentos (fls. 21/66).

Foram apresentadas contestações (fls. 92/99, 197/209, 237/255, 1307/1304), nas quais foi suscitada ilegitimidade passiva dos corréus Faculdade Brasil, UNIJALES, Instituto Educacional Henry Wallon, Cláudio César Pereira Cristal e FAMOSP. Ainda, o Instituto Cristal Noroeste alega ausência de culpa quanto à não emissão e registro de diploma/certificado, enquanto a UNIJALES disse que não manteve vínculo negocial com o autor.

O autor se manifestou em réplicas (fls. 1203/1212 e 1376/1379) e juntou documentos (fls. 1226/1284).

Sobreveio a r. sentença ora recorrida que reconheceu a *ilegitimidade de Faculdade Brasil e FAMOSP*, condenando os demais réus à restituição, *em dobro*, dos valores pagos pelo autor, e ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R$ 10.000,00.

2. ***Voto pelo provimento do recurso da corré UNIJALES***.

2.1. É inconteste que foi firmado entre o autor e o corréu INSTITUTO CRISTAL NOROESTE *Contrato de Prestação de Serviços Educacionais* (fls. 64/65), do qual se verifica:

> *CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - O presente contrato tem por objeto a prestação de serviços educacionais, através de aulas, para o curso de LICENCIATURA EM PEDAGOGIA, a ser ministrado no* ***Período de MARÇO de 2017 À FEVEREIRO DE 2020****, nos termos dos planos de estudo, programas escolares, currículos e calendários escolares, em conformidade com a proposta pedagógica aprovada pelo CONSEPE _ conselho de Ensino pesquisa e extensão. (destaquei)*
>
> *CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA - Este curso é realizado pelo Instituto Educacional Cristal Noroeste Ltda ME, com Certificação de uma das Faculdades/Universidades conveniadas junto ao Instituto, no termo de Cooperação Técnica, Científica e Acadêmica.*

Os serviços foram pagos (fls. 1213/1236), com entrega de recibo de quitação ao autor (fl. 1237); o instituto corréu não nega que tenha recebido pelos serviços, nem que o autor tenha frequentado o curso e cumprido os requisitos exigíveis para emissão de certificado/diploma.

2.2 No entanto, não há prova efetiva de que a certificação e a emissão de diploma se dariam pela corré UNIJALES.

Acesso ao Sumário

O único documento apresentado pelo autor fazendo referência a uma suposta relação com a apelante é um trabalho de conclusão de curso que seria apresentado perante tal instituição de ensino (fls. 21/62).

Ocorre que se trata de uma cópia, elaborada por ele unilateralmente, que não conta sequer informações referentes à aprovação, assinatura do orientador e componentes da banca examinadora.

Além disso, referido trabalho está datado como tendo sido elaborado no ano de 2017, enquanto o curso só se findou em fevereiro de 2020, como expressamente consta do contrato de prestação de serviços.

Também não comprovou que a instituição mantém convênio com o Instituto Cristal Noroeste, como lhe competia (art. 373, I, do CPC).

3. ***Também voto pelo desprovimento do recurso adesivo do autor.***

3.1 Por certo a relação havida entre o autor e a prestadora de serviços contratada (Instituto Cristal Noroeste) tem natureza consumerista.

O artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece a responsabilização objetiva do prestador pela reparação dos danos gerados ao consumidor em virtude de defeitos na prestação de serviços. São defeituosos, nos termos do § 1º deste artigo, os serviços que não forneçam padrões adequados de segurança no modo como são prestados, levando-se em consideração os riscos que razoavelmente deles pode-se esperar.

No caso dos autos, constata-se que o *Instituto Cristal Noroeste* não se prestou a impugnar a afirmação do autor de que não houve a expedição de diploma, mesmo após a conclusão do curso e o pagamento de todas as parcelas avençadas. Limitou-se em a afirmar que não seria instituição de ensino autorizada a emitir diplomas e imputar a responsabilidade a terceiros que sequer identifica em sua defesa.

Evidente, assim, a falha na prestação de serviços, justificando que seja condenado a responder pelos danos causados ao consumidor.

3.2 Inconteste que os fatos narrados geraram repercussão negativa ao ânimo do autor, que sem o respectivo diploma ficou impedido de concorrer no mercado de trabalho, experimentou a perda de seu tempo útil, bem como transtornos diversos que ultrapassam circunstância de mero aborrecimento.

A indenização por danos morais é mesmo devida.

3.3 A questão da quantificação da verba se resolve por arbitramento judicial, e tanto a doutrina como a jurisprudência têm proclamado que a indenização tem duplo escopo: de um lado pode, subjetivamente, amenizar o sofrimento da vítima, na medida em que o fato tenha reconhecimento judicial, servindo assim de resposta ao seu desalento; de outro estimula o infrator a refletir sobre as nefastas consequências de seu ato, servindo de freio para que a conduta lesiva não se repita.

Acesso ao Sumário

Levando em conta a natureza do fato e suas consequências, tenho que a quantia fixada na r. sentença (R$ 10.000,00) se mostra adequada ao caso em apreço, atento ao princípio segundo o qual o poder discricionário dado ao julgador para estabelecer a indenização a título de reparação de dano moral deve ser exercido com responsabilidade e ponderação, sem se converter em fonte de indevido enriquecimento.

Não é demais ponderar que em julgamento de caso muito semelhante, de relatoria do Exmo. Des. HUGO CREPALDI (Apelação nº 1006438-56.2021.8.26.0077, 25ª Câmara de Direito Privado, julg. 08/12/2022), envolvendo também o Instituto Cristal Noroeste, a indenização foi estabelecida em valor inferior, como se vê:

APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS PAGAS E INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS - Prestação de serviços de ensino - Autor que celebrou contrato com a ré em para realização de curso de Aproveitamento em Pedagogia - Curso devidamente pago e concluído - Tentativas frustradas de obtenção do diploma - Realização de outro curso para que pudesse entrar no mercado de trabalho - Desinteresse na emissão do diploma neste momento - Pedido de rescisão por inadimplemento da instituição de ensino, com a restituição das quantias pagas, e indenização por danos morais - Ação julgada improcedente - Insurgência do autor - Relação de consumo - Falha na prestação de serviço - É dever do fornecedor zelar pelo bom funcionamento dos serviços que disponibiliza ao mercado, adotando todas as medidas cabíveis para impedir falhas ou condutas lesivas que possam acarretar danos ao consumidor, primando pelos princípios da segurança e boa-fé que regem as relações de consumo - Reforma da sentença para declarar rescindido o contrato por inadimplemento da ré e condená-la à restituição dos valores pagos pelo aluno - DANOS MORAIS - Configuração - "QUANTUM" INDENIZATÓRIO - Arbitrado em valor razoável e adequado à compensação dos danos suportados de forma justa e moderada, atendendo às particularidades do caso concreto sem que se possa falar em enriquecimento ilícito da parte - Ação julgada procedente - Inversão dos ônus sucumbenciais - Recurso provido.

(...)

Tomando-se por base aspectos do caso concreto extensão do dano, condições socioeconômicas e culturais das partes, condições psicológicas e grau de culpa dos envolvidos o valor deve ser arbitrado de maneira que atinja de forma relevante o patrimônio do ofensor, sem, contudo, ensejar enriquecimento ilícito da vítima.

Assim, considerando os critérios apontados bem como a situação apresentada ***entendo como justo e suficiente à compensação a quantia de R$***

Acesso ao Sumário

***5.000,00 (cinco mil reais)**, porquanto condizente com as características da demanda e com o dano suportado. (destaquei)*

Assim, é incabível a majoração pretendida.

4. Quanto ao pedido de lucros cessantes, decidiu com acerto o nobre magistrado, vez que a simples obtenção de diploma não implicaria em reconhecer que o autor, *automaticamente*, estaria inserido no mercado de trabalho e teria garantida a colocação profissional pretendida.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso da corré Associação Educacional de Jales para reconhecer que referida instituição de ensino é *parte ilegítima* para ocupar o polo passivo da ação, nos termos do art. 485, VI, do CPC, condenando o autor a reembolsar referida demandada das custas e despesas que ela teve com o processo, bem como pagar honorários advocatícios que *proponho* sejam fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, corrigido, observa a gratuidade processual.

Nego provimento ao recurso adesivo do autor, majorando os honorários advocatícios sucumbenciais para 12% (doze por cento) sobre o valor atribuído à causa, atualizado, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1017038-49.2022.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado BARDELLA S/A INDÚSTRIAS MECÂNICAS (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é apelado/apelante FARDIER LOGÍSTICA ESPECIALIZADA EM CARGAS ESPECIAIS LTDA.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso da ré, prejudicado o recurso da autora. V.U. Compareceu para sustentar oralmente o Dr. Cláudio de Albuquerque Gallo.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6527)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 6 de dezembro de 2023.

CÉSAR ZALAF, Relator

Ementa: RECURSOS DE APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA. VALE-PEDÁGIO. PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 8º DA

Acesso ao Sumário

LEI 10.209/01 SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA RÉ QUE PROSPERA. INICIALMENTE, PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. NO MÉRITO, TRANSPORTADORA QUE ALEGA TER ARCADO COM OS VALORES DOS PEDÁGIOS COM SEUS PRÓPRIOS RECURSOS, DIANTE DA AUSÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO POR PARTE DA CONTRATANTE. PARTE AUTORA QUE, TODAVIA, NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS PROBATÓRIO DE SUAS ALEGAÇÕES (ARTIGO 373, I, DO CPC). TRANSPORTADORA QUE DEIXOU DE PROVAR OS VALORES PAGOS DURANTE O TRANSPORTE. PRECEDENTES. SENTENÇA REFORMADA. AÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO DA PARTE RÉ PARCIALMENTE PROVIDO, PREJUDICADO O RECURSO DA AUTORA, EM RAZÃO DA IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra r. sentença de fls. 549/554, que julgou procedente Ação de Indenização por Danos Materiais proposta por **FARDIER LOGÍSTICA ESPECIALIZADA EM CARGAS ESPECIAIS LTDA** contra **BARDELLA S/A INDÚSTRIAS MECÂNICAS (RECUPERAÇÃO JUDICIAL)** para: "*CONDENAR o réu ao pagamento do correspondente ao dobro do valor do frete que embasou o pedido inicial, resultando em R$ R$ 698.197,32 (seiscentos e noventa e oito mil, cento e noventa e sete reais com trinta e dois centavos), corrigido monetariamente desde o ajuizamento da ação e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Em vista da sucumbência, arcará a parte requerida com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que ora fixo em R$1.000,00, nos termos do art. 85, § §2º e 8º, do Código de Processo Civil, corrigidos desde a prolação da sentença pelos índices da tabela prática do TJSP e juros de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado. Em caso de concessão integral de justiça gratuita, observar o disposto no artigo 98 e seguintes.*"

Apela a empresa Ré. Preliminarmente, aduz que foi cerceada em seu direito de defesa, pois pretendia produzir prova testemunhal, a fim de comprovar que foi entabulado entre as partes que o valor do pedágio já estava embutido no valor do frete. No mérito, diz que se o valor do vale-pedágio não está no campo específico, conforme artigo 2º, parágrafo único da Lei 10.209/01, trata-se de contrato fechado, onde a empresa Ré aceitou a oferta e pagou o preço. Desta-

Acesso ao Sumário

ca ainda que a Autora não juntou documentos contemporâneos aos fatos e não apresentou comprovantes de pagamento dos pedágios supostamente suportados por ela. Pugna pela reforma da r. sentença, julgando a ação improcedente.

Também insatisfeita, apela a Autora, requerendo a modificação do termo inicial dos juros e correção monetária. Por fim, impugna o valor de honorários sucumbenciais fixados na origem, defendendo contrariedade ao Tema 1076 do C. STJ.

Recursos tempestivos e sem recolhimento de custas, pois as partes são beneficiárias da justiça gratuita. Contrarrazões pelos respectivos improvimento. Há oposição ao julgamento virtual pela Ré às fls. 639.

É o relatório.

Não há questões que impeçam o conhecimento dos recursos que, quanto aos seus objetos, merece ser parcialmente provido o recurso da empresa Ré, resultando prejudicado o recurso da empresa Autora.

Trata-se de Ação de Indenização por Danos Materiais proposta por **FARDIER LOGÍSTICA ESPECIALIZADA EM CARGAS ESPECIAIS LTDA** contra **BARDELLA S/A INDÚSTRIAS MECÂNICAS (RECUPERAÇÃO JUDICIAL)**, por meio da qual a empresa autora busca a condenação da empresa ré no pagamento de multa prevista no artigo 8º da Lei 10.209/01, no valor de R$ 698.197,32 (dobro dos fretes realizados), sob o argumento de que foi contratada para a realização de transporte de carga. Relatou que durante a prestação dos serviços de transporte, passou por diversas praças de pedágio, sendo que a Ré nunca lhe adiantou este valor.

Sobreveio r. sentença de procedência, sob os seguintes fundamentos:

Em sua contestação, o réu alegou que o valor do pedágio estava englobado no valor do frete, o que foi aceito pelo autor. Além disso, sustentou que o autor não juntou os comprovantes de pagamento dos pedágios. Pois bem. O artigo 2º, da Lei 10.209/01, dispõe que:

Art. 2º. O valor do Vale-Pedágio não integra o valor do frete, não será considerado receita operacional, ou rendimento tributável, nem constituirá base de incidência de contribuições sociais ou previdenciárias. Parágrafo único. O valor do Vale-Pedágio e os dados do modelo próprio, necessários à sua identificação, deverão ser destacados em campo específico no documento comprobatório de embarque.

Além disso, o artigo 3º, do mesmo diploma legal prevê que:

Art. 3º. A partir de 25 de outubro de 2002, o embarcador passará a antecipar o Vale-Pedágio obrigatório ao transportador, em modelo próprio, independentemente do valor do frete, ressalvado o disposto no § 5º deste artigo.

No caso em apreço, compulsando os contratos de fl. 28/65, verifica-se que as partes não formalizaram as operações de transporte nos termos

Acesso ao Sumário

prescritos em lei, não sido destacado o valor do "vale-pedágio".
Embora o réu alegue que o valor do pedágio estava englobado no valor do frete, há vedação expressa dessa prática na lei, conforme os artigos supracitados. Aliás, na exposição de motivos que acompanhou a primeira edição da Medida Provisória n. 2.024/2000 (Anais da Câmara dos Deputados, fls. 763-770), convertida na Lei n. 10.209/2001, sobre a finalidade da instituição do vale-pedágio, ressaltou-se que a finalidade da antecipação do pagamento do vale-pedágio era para proteger o transportador e transferir a responsabilidade pelo pagamento do pedágio ao embarcador. Assim, ainda que o réu alegue que o preço do frete englobava o vale-pedágio e que o autor concordou com isso no momento da contratação, tal argumento não é suficiente para eximi- lo do pagamento da indenização prevista no art. 8º da Lei supracitada. (....) Assim, cabia ao réu demonstrar que efetuou o pagamento do vale pedágio de acordo com o procedimento legal, o que não fez, não se desincumbindo de seu ônus probatório, nos termos do art. 373, II, do CPC.
Embora o réu alegue que cabia ao autor juntar aos autos os comprovantes de pagamento dos pedágios, sequer impugnou a existência de pedágios na rota percorrida pelo autor, sendo tal fato incontroverso. ***Assim, torna-se prescindível ao julgamento do feito os comprovantes de pagamento de pedágios. Ainda mais porque, com relação ao valor da indenização, esta não é mensurada pelo preço do pedágio, pelo valor do frete****, conforme preceitua o art. 8º da Lei 10.209/01.*

O entendimento adotado, com a devida vênia, merece reforma. Explico.

Inicialmente é o caso de se afastar a preliminar de cerceamento de defesa arguida pela Ré, com a pretensão de oitiva de testemunhas, a fim de comprovar sua alegação de que o valor do pedágio já estava embutido no frete.

O juiz, na presidência do feito, tem a faculdade de determinar a realização das provas que entenda necessárias para o seu livre convencimento (CPC, artigos 370 e 371).

Por outro lado, o julgamento antecipado era de rigor, consoante dispõe o artigo 355, inciso I, do CPC, pois, como se sabe: "*Não é pelo trâmite do processo que se caracteriza o julgamento antecipado; nem por ser a matéria exclusivamente de direito, ou mesmo de fato e de direito, e até a revelia. É a partir da análise da causa que o Juiz verifica o cabimento. Se devidamente instruída e dando-lhe condições para amoldar a situação do art. 330 do CPC, ou do parágrafo único do art. 740 do CPC, é uma inutilidade deixá-lo para o final de dilação probatória inútil e despicienda*." (RT 624/95).

Acesso ao Sumário

Em face disso, é incumbência do juiz da causa analisar o cabimento da produção de provas, deferindo-as ou não, consoante princípio da persuasão racional (artigo 355 do CPC), devendo, ainda, em obediência ao disposto no arti-

go 370, parágrafo único, do CPC, rejeitar a produção de quaisquer outras provas inúteis ou meramente protelatórias. Confira-se: *"'A questão ou não do deferimento de uma determinada prova (testemunha referida) depende de avaliação do juiz, dentro do quadro probatório existente, da necessidade dessa prova. Por isso, a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis e protelatórias, prevista na parte final do CPC 130' (STJ, Ag 56995-0-SP, rel. Min. Assis Toledo, j. 5.4.1995, DJU 10.4.1995, p. 9322)." (Nelson Nery Junior, Código de Processo Civil Comentado, 10ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 389)*. Assim, verifica-se que, no caso, o feito se encontrava satisfatoriamente instruído, até porque suficientes as provas produzidas, observados os limites da lide, sendo de rigor o direcionamento para o julgamento da causa.

Já no mérito, quanto ao vale-pedágio, a Lei nº 10.209/01 estabeleceu que a responsabilidade pelo pagamento do pedágio é do embarcador (artigo 1º, §1º), ao qual se equipara o contratante do serviço de transporte (artigo 1º, §3º, I). Há previsão no artigo 3º no sentido de que: "*A partir de 25 de outubro de 2002, o embarcador passará a antecipar o Vale-Pedágio obrigatório ao transportador, em modelo próprio, independentemente do valor do frete...*"

Dessa forma, restou incontroverso nos autos que a empresa Ré contratou a Autora para realizar transporte de carga nos meses de janeiro a março de 2016, conforme DACTE's de fls. 28/65, de forma exclusiva.

De um lado a Autora sustenta que não houve antecipação do vale-pedágio e, em razão disso, arcou com o pagamento das praças de pedágio existentes nos trajetos contratados. A empresa Ré, por sua vez, assevera que os valores dos pedágios já estavam inseridos no valor do frete contratado e que nunca foi cobrada pela parte Autora.

A multa perseguida pela demandante está prevista no artigo 8º da Lei nº 10.209/01, que assim dispõe: "*Sem prejuízo do que estabelece o art. 5º, nas hipóteses de infração ao disposto nesta Lei, o embarcador será obrigado a indenizar o transportador em quantia equivalente a duas vezes o valor do frete.*"

Pois bem.

Não se descura que após a vigência da Lei 10.209/2001, que instituiu o vale-pedágio obrigatório sobre o transporte rodoviário de carga, a responsabilidade pelo pagamento passou a ser exclusiva do embarcador (Lei 10.209/2001, art. 1º, §1º1).

Todavia, o C. STJ fincou que a obrigação de indenização deve observar o preenchimento de determinados pressupostos, cujo ônus da prova é imputado ao transportador, quais sejam: (i) o transporte rodoviário de carga precisa ter sido prestado exclusivamente a um embarcador (art. 3º, § 3º, da Lei nº 10.209/2001); (ii) a ausência de antecipação, pelo embarcador, do vale- pedágio; e (iii) o valor devido em todas as praças de pedágio existentes na rota de viagem contratada, bem como o respectivo pagamento. Confira-se:

Acesso ao Sumário

(...)

*9. **Em observância ao disposto no art. 373, incisos I e II, do CPC/2015, é ônus do transportador comprovar a exclusividade do transporte, o valor devido em todas as praças de pedágio existentes na rota de viagem contratada, bem como o respectivo pagamento. Realizada tal comprovação, caberá ao embarcador demonstrar ter adiantado o vale-pedágio**. (...) 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido." (REsp n. 2.022.552/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 9/12/2022.)*

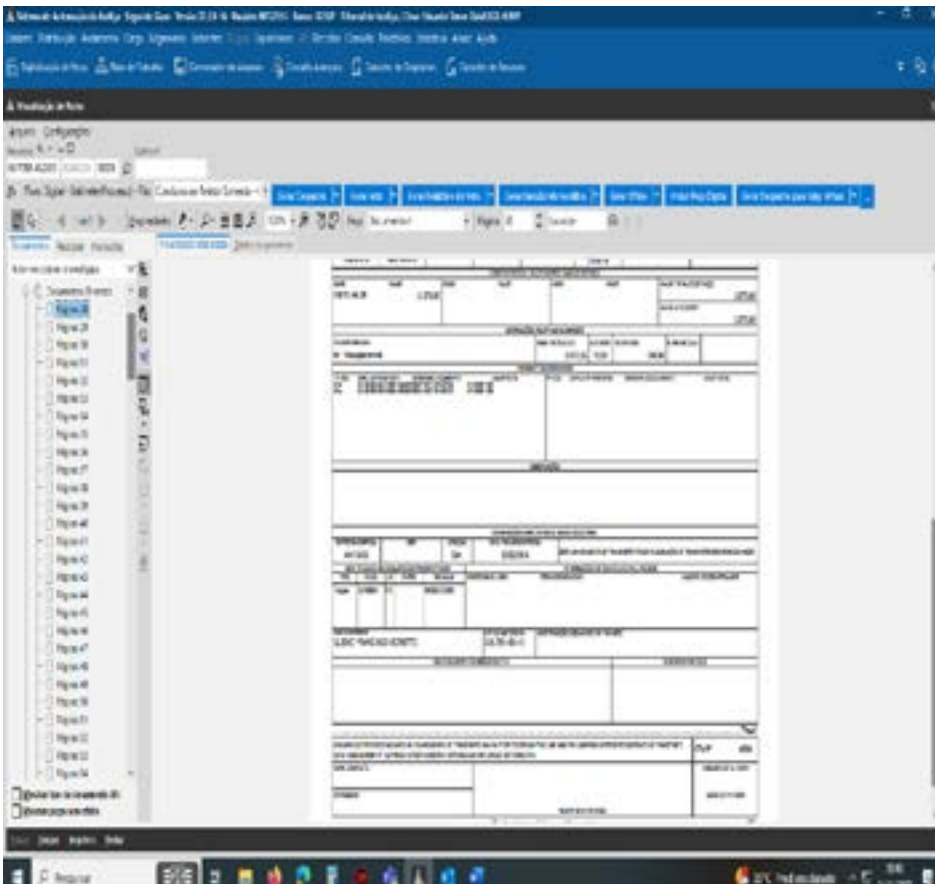
Na mesma intelecção já se manifestou este E. Tribunal:

"*APELAÇÃO - Ação indenizatória - Contrato de transporte de mercadorias - Autora que alega a ausência de antecipação, pela parte ré, das despesas relacionadas ao vale pedágio - Pretensão de condenação da ré ao pagamento da indenização prevista no artigo 8º da Lei n. 10.209/01 - Sentença de improcedência - Irresignação da demandante - Não acolhimento - **Caso em que a empresa requerente deixou de comprovar que tenha efetuado o pagamento dos pedágios - Autora que não se desincumbiu de seu ônus probatório** - Precedentes desta Egrégia Corte - Sentença mantida - Aplicação do art. 252 do RITJSP - RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1004463-04.2022.8.26.0161; Relator (a): Jonize Sacchi de Oliveira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Diadema - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/07/2023; Data de Registro: 24/07/2023)*"

Isto significa que somente depois de demonstrados os referidos requisitos, atribui-se ao embarcador o ônus de demonstrar ter adiantado o vale-pedágio.

No caso em debate, notei que a Autora descumpriu condição legal, imposta no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.209/01[1], por não ter informado nos documentos o valor do vale-pedágio, bem como quais os fornecedores de vale-pedágio para que houvesse o crédito, bastando uma simples análise dos DACTE's de fls. 28/65:

1 Artigo 2º, Parágrafo único. O valor do Vale-Pedágio obrigatório e os dados do modelo próprio, necessários à sua identificação, deverão ser destacados em campo específico no Documento Eletrônico de Transporte (DT-e).



Ora, não pode aquele que descumpre condição legal exigir a contraprestação da parte contrária, sob pena, na hipótese, de se beneficiar da própria torpeza.

Foi a Autora quem preencheu os documentos comprobatórios de embarque, competindo a ela destacar, em campo específico, o montante destinado ao custeio das tarifas de pedágio. No entanto, ela agiu de modo diverso, preenchendo os documentos com o valor total do serviço, imputando neste o valor pago a título de frete, sem indicar os referentes ao adiantamento do pedágio, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.209/2001, impossibilitando conduta diversa pela Ré.

A respeito, já se manifestou o Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> "*TRANSPORTE DE CARGA. (...) Parte autora que, durante todo o relacionamento comercial com a parte ré, emitiu documentos de embarque sem destacar o valor do frete e o valor do pedágio,* ***limitando-se a indicar o montante total do serviço, contrariando o que dispõe o artigo 2º, único, da Lei 10.209/2001. Ausência de violações a autorizar a aplicação***

Acesso ao Sumário

da multa contratual pretendida. *(...) Recurso não provido, rejeitada a preliminar." (TJSP; Apelação Cível 1003586-29.2018.8.26.0218; Relator (a): Walter Barone; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guararapes - 2ª Vara; Data do Julgamento: 26/05/2021; Data de Registro: 26/05/2021)"*

Acresço que a Autora também não demonstrou ter sofrido prejuízos materiais em razão da alegada ausência de antecipação do vale-pedágio. Os documentos de fls. 510/516 apenas elencam a existência de pedágios nas rotas traçadas/consultadas para os transportes no site *qualp*, **porém, não servem de prova de pagamento dos pedágios nas datas dos transportes. As rotas não são únicas e nada garante que a Autora tenha observado aquele trajeto**.

Portanto, com elevado respeito ao juízo singular, em consonância com o entendimento do C. STJ, e**ntendo que os comprovantes de pagamentos dos pedágios reclamados são documentos imprescindíveis a comprovar a exigibilidade dos valores cobrados a esse título**, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil.

E o que mais atraiu a atenção deste Relator, **foi a inércia da parte Autora em reclamar os valores correspondentes aos pedágios pelo período de 6 anos** (frete em 2016 e propositura da ação em 2022), fazendo surgir, à luz do princípio da boa-fé objetiva, disposto no artigo 422 do Código Civil, a presunção de que concordou com a obrigação como satisfeita pela Ré.

Soma-se ao entendimento alhures, a conclusão adotada na Apelação Cível 1000304-90.2022.8.26.0428; Relator (a): Afonso Bráz; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Foro de Paulínia - 2ª Vara; Data do Julgamento: 02/10/2023; Data de Registro: 02/10/2023:

Tal conclusão está em consonância com o instituto da supressio, consectário do princípio da boa-fé objetiva, que norteia o contrato, trazendo deveres implícitos às partes, a fim de dar-lhe segurança jurídica e previsibilidade. Assim, ao se analisar a conduta da autora e os ditames da boa-fé objetiva, verifica-se que ela gerou a legítima expectativa na recorrente, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual, de que os pedágios estavam abarcados no valor total do frete. Pretender depois de anos a cobrança de valores a esse título, fere o princípio da boa-fé objetiva e esbarra no instituto da supressio.

Nessa toada, a despeito dos dispositivos legais destacados que impõem à contratante a obrigação de antecipar o vale-pedágio, para que a transportadora Autora tivesse direito à indenização prevista no artigo 8º da Lei 10.209/01, **deveria ter comprovado os pagamentos realizados nas praças de pedágio existentes no trajeto, ônus do qual não se desincumbiu**.

Dessa forma, não subsiste a fundamentação adotada na r. sentença, no sentido de que não se faz necessária a prova dos valores dispendidos a título

Acesso ao Sumário

de pedágio pelo simples fato de que foi comprovada a existência de praças de pedágio no trecho.

Se a pretensão da autora está alicerçada no fato de que foi obrigada a efetuar os pagamentos com seus próprios recursos, caberia a ela fazer prova de suas alegações.

Em conclusão, atento às peculiaridades dos autos, **de rigor a improcedência da demanda.**

Diante de tais considerações, acolho em parte o recurso da parte Ré para julgar improcedente a demanda.

No que toca à sucumbência, diante da improcedência da ação, arcará a Autora com as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §2º, do CPC, cuja exigibilidade fica suspensa, pelo prazo de 5 anos, por ser beneficiária da justiça gratuita, nos termos do artigo 98, § 3º do CPC.

Para se evitar incidentes desnecessários, importante ressaltar que não está o órgão julgador obrigado a tecer considerações acerca de toda a argumentação deduzida pelas partes, senão aquelas que interfiram no deslinde da causa, o que se verificou no caso concreto.

Ademais, para acesso às instâncias extraordinárias é desnecessária expressa menção a todos os dispositivos legais deduzidos pelas partes. De todo modo, registra-se que é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "*tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida*" (ED em RMS nº 18205-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006).

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso da parte Ré para reformar a r. sentença e julgar improcedente a demanda, e nego provimento ao recurso da autora, porque prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000535-34.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MSC CRUZEIROS DO BRASIL LTDA, são apelados BRUNO LOMBARDI AMADO e GABRIELA FLORE IEBRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.855)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 6 de dezembro de 2023.
SÁ DUARTE, Relator

Ementa: CRUZEIRO MARÍTIMO - Pretensão de restituição de quantia paga julgada parcialmente procedente, procedente a pretensão indenizatória do dano moral - Autores que foram obrigados a desembarcar do navio, depois de cumprido período de quarentena, dada a contaminação a bordo pela COVID-19 - Frustração dos autores com a viagem que não pode ser creditada à ré, dado que a prestação do serviço foi cancelada em atendimento à determinação dos órgãos sanitários - Descumprimento contratual, caracterizado pela não devolução da quantia paga pelo serviço, que não pode ser alçado a dano moral - Indenização arbitrada a esse título na sentença decotada - Apelação provida.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de procedência parcial da pretensão de restituição de quantia paga derivada de prestação de serviço de cruzeiro marítimo e de procedência da pretensão indenizatória do dano moral, condenada a ré a restituir aos autores as quantias efetivamente pagas, a serem apuradas em sede de liquidação, inclusive o valor do pacote de bebidas, de forma proporcional aos dias em que houve a efetiva utilização, mais R$ 4.000,00 de indenização do dano moral, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% da condenação.

Inconformada, a ré sustenta, em síntese, que os fatos alegados na inicial são insuscetíveis de causar dano moral, especialmente porque não há comprovação de que os autores ficaram desamparados durante os dias de viagem, destacando que adotou todos os cuidados necessários, de modo a preservar a saúde de todos, com adoção de protocolos rígidos. Afirma que todos os hóspedes com reserva para a temporada 2020/2021 foram compensados com a possibilidade de remarcação sem custos, bem como com o recebimento de uma carta de crédito para um futuro cruzeiro. Subsidiariamente, pugna pela diminuição da indenização do dano moral, em conta, especialmente, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

Segundo consta dos autos, os apelados contrataram a prestação de serviço de cruzeiro da apelante para o período de 26.12.2021 a 02.01.2022, saindo

do Porto de Santos/SP com destino a Porto belo/SC, passando por Balneário Camboriú/SC, Cabo Frio/RJ, Ilha Bela/SP e retornando ao porto de Santos/SP (fl. 70). No entanto, conforme ficou incontroverso nos autos, alguns dias depois do embarque, dezenas de tripulantes e hóspedes foram diagnosticados com COVID-19, pelo que, a fim de cumprir quarentena, o navio ficou boa parte do tempo atracado no porto de Balneário Camboriú/SC e, posteriormente, no porto de Santos/SP, onde os apelantes desembarcaram no dia 01.01.2022. Em razão disso, os apelantes postularam a devolução do preço pago e indenização do dano moral.

Na contestação, em relação à questão devolvida ao conhecimento do Tribunal, a apelante, basicamente, reproduziu os mesmos argumentos lançados nas razões recursais.

Como relatado, a pretensão de restituição da quantia foi julgada parcialmente procedente, determinada a devolução do preço pago pelos apelados a ser apurado em liquidação, procedente a pretensão indenizatória do dano moral.

Conforme se verifica das razões recursais, a apelante não se insurge contra sua condenação à restituição do preço pago, mas apenas contra a indenização do dano moral.

Neste ponto, respeitado o entendimento firmado em primeiro grau, a razão está com a apelante.

Não há dúvida da frustração causada com a interrupção do cruzeiro marítimo contratado, ainda mais em período de festas de final de ano. Entretanto, a quarenta que teve de ser observada, bem assim os demais procedimentos tendentes à contenção da proliferação do vírus e o desembarque prematuro não decorreu, no caso, de puro alvedrio da apelante, mas em atendimento às normas e determinações dos órgãos sanitários.

Diante do quadro pandêmico que se apresentava até aquele momento no país, não era surpresa para ninguém, inclusive para os apelados, que, apesar da adoção de todas as medidas preventivas, era possível que ocorresse a contaminação a bordo, caso em que as medidas sanitárias necessárias deveriam ser adotadas, inclusive a quarentena, sem que isso configure falha na prestação do serviço.

Conforme ficou incontroverso, os apelados, felizmente, não foram contaminados, de modo que não autoriza a condenação da apelante a alegação de que, uma vez verificada a contaminação, ela não adotou todos os procedimentos sanitários à risca, não fiscalizando o cumprimento das regras sanitárias, inclusive dando causa a aglomeração na recepção do navio. O mesmo ocorrendo em relação à alegação de que a apelante tentou expulsar os passageiros do navio no dia 31.12.2022, pois ao menos os apelados permaneceram no navio até o dia 01.01.2022.

É certo que a apelante descumpriu a obrigação de devolução das

Acesso ao Sumário

quantias recebidas, como prometera. Tal fato, entretanto, por configurar mero descumprimento contratual, não autoriza a condenação ao pagamento da indenização do dano moral.

Portanto, a pretensão indenizatória do dano moral deve ser julgada improcedente.

Em face da sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com metade das despesas processuais, suportando a apelante o pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 20% da condenação e os apelados, honorários advocatícios arbitrados em 10% da indenização do dano moral postulada (R$ 30.000,00).

Isto posto, voto pelo provimento da apelação para julgar improcedente a pretensão indenizatória do dano moral, redistribuídos os encargos da sucumbência, na forma acima explicitada.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2244274-31.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de Limeira, em que é embargante SEBASTIÃO DE LIMA, é embargado COOPERATIVA DE CRÉDITO CREDICITRUS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29866)**

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

São Paulo, 6 de outubro de 2023.

PEDRO KODAMA, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Mandado de Segurança. Contrato bancário. Extinção do processo sem resolução do mérito. Mandado de segurança que não é substituto de embargos de terceiro, esta última medida adequada para proteger a posse contra decisão judicial. Inconformismo de caráter infringente. Embargos rejeitados.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Sebastião de Lima contra decisão monocrática que indeferiu a petição inicial e julgou extinto o mandado de segurança sem resolução do mérito (fls. 32/41).

Sustenta o embargante que o mandado de segurança é admissível, pois foi determinada a imissão de terceiro na posse do imóvel. Diz que a imissão na posse não é pressuposto dos embargos de terceiro. Requer o provimento do recurso (fls. 01/04).

Recurso tempestivo.

É o Relatório.

O v. acórdão não apresenta omissão, obscuridade, contradição ou erro material e a pretensão do embargante é de caráter infringente.

O embargante pretende rediscutir matéria já decidida, porém, os embargos de declaração constituem meio inadequado para alterar o entendimento anteriormente adotado.

Nestes termos, já decidiu o E. Supremo Tribunal
Federal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. I - Ausência dos pressupostos do art. 1.022, I e II, do Código de Processo Civil. II - A parte embargante busca tão somente a rediscussão da matéria, porém os embargos de declaração não constituem meio processual adequado para a reforma do decisum, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais, o que não ocorre no caso em questão. III - Embargos de declaração rejeitados. (RE 848826 ED-segundos, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 13/09/2019)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. (ADI 5310 ED; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA; Julgamento: 18/10/2019)

E também o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ALEGAÇÃO. ARREMATAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA.

Acesso ao Sumário

1. Os embargos de declaração só se prestam a sanar obscuridade, omissão ou contradição porventura existentes no acórdão, não servindo à rediscussão da matéria já julgada no recurso.
2. Embargos de declaração rejeitados.
(EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1536888/GO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 25/05/2020, DJe 28/05/2020)
EMBARGOS DECLARATÓRIOS NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DA CAUSA. DESCABIMENTO.
I - Os embargos declaratórios não são recurso de revisão, sendo inadmissíveis se o v. acórdão embargado não padecer dos vícios que autorizariam a sua oposição (obscuridade, contradição e omissão).
II - Na espécie, o embargante, à conta de omissão no decisum, pretende o reexame de questão já superada, tornando o manejo do recurso inadmissível.
III - Embargos de declaração rejeitados.
(EDcl nos EDcl no AgInt no MS 25.035/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, CORTE ESPECIAL, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019)

Constou expressamente da decisão monocrática que o remédio adequado para defender a posse decorrente de constrição judicial são os embargos de terceiro, razão pela qual falta interesse de agir ao autor.

O fato de o entendimento adotado no acórdão ser contrário à posição e às teses sustentadas por ela, não quer dizer que haja omissão, o que afasta o cabimento dos embargos de declaração.

Nestes termos, já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal:
"*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS*."
(AI 861561 AgR-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-126 DIVULG 25-06-2018 PUBLIC 26-06-2018)
E também o Colendo Superior Tribunal de Justiça:
"*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 1.042 DO CPC/15) - AÇÃO DE COBRANÇA - ACÓRDÃO DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO AUTOR.*
1. Os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver, na

Acesso ao Sumário

sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015, o que não se configura na hipótese em tela, porquanto o aresto deste órgão fracionário encontra-se devida e suficientemente fundamentado.

2. Dada a natureza dos aclaratórios, esses não podem ser utilizados como instrumento para a rediscussão do julgado.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgInt no AREsp 1029648/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 18/05/2018).

Aliás, pertinente destacar que não está o julgador obrigado a apreciar todas as alegações constantes do recurso se firmou sua convicção diante dos fatos apresentados.

Como já se decidiu: "*o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio.*" (STJ - AI nº 169.073-SP - Rel. Min. JOSÉ DELGADO - DJU de 17.08.98, dentre outros arestos compilados por THEOTÔNIO NEGRÃO - "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor" - Ed. Saraiva - 44ª edição, página 699, nota art. 535:3).

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito os embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2138757-37.2023.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante PAULO CELSO FACIN, é agravado MUNICÍPIO DE GUARULHOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao agravo, restando revogado o efeito suspensivo outrora concedido. Declara voto contrário, o Des. Nogueira Diefenthaler", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.126)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCELO BERTHE (Presidente), NOGUEIRA DIEFENTHALER, ISABEL COGAN e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 30 de outubro de 2023.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. BEM DE FAMÍLIA. PROTEÇÃO LEGAL ÀQUELE DE MENOR VALOR. Multiplicidade de imóveis no mesmo município demanda instituição do bem de família por ato voluntário acaso se pretenda blindar imóvel de maior valor – Formalidade cuja ausência atrai a proteção legal disciplinada na Lei n. 8009/90, recaindo a impenhorabilidade sobre o imóvel de menor valor – Inteligência do art. 5º, parágrafo único, da Lei N. 8009/90 e jurisprudência sedimentada pelo C. STJ (edição 200 - Jurisprudência em teses - enunciado n. 4) – AGRAVO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por **PAULO CELSO FACIN** contra decisão proferida em Ação de Execução de Título Extrajudicial (proc. 1020039-76.2021.8.26.0224), movida pelo **MUNICÍPIO DE GUARULHOS** que rejeitou a liberação de constrição sobre imóvel de propriedade do agravante (fls. 429).

O agravante pugna pela reforma da decisão com vistas à declaração da impenhorabilidade do bem, aduzindo para tanto os seguintes argumentos: natu-

Acesso ao Sumário

reza de bem de família do imóvel atingido; necessidade de que a execução se desenvolva da forma menos onerosa ao executado.

O efeito suspensivo requerido foi deferido (fls. 617/618).

Contraminuta (fls. 622/631) e parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 635/639).

É O RELATÓRIO.

A pretensão recursal não enseja acolhida.

O juízo de origem não reconheceu a impenhorabilidade afirmada pelo agravante, rejeitando a respectiva impugnação nos seguintes termos:

Vistos.

Pretende o executado a liberação do imóvel constrito por força da decisão de fls. 341/342, por se tratar de bem de família.

Não obstante os argumentos do executado, a liberação não é medida que se impõe.

Embora os documentos apresentados denotem que o executado utiliza o imóvel constrito como moradia, fato é que a jurisprudência, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e dos Tribunais Superiores, é assente no sentido de que o instituto do bem de família e a garantia de sua impenhorabilidade objetivam evitar o desaparecimento material do lar que abriga a família, não se tratando, pois, de uma garantia ao direito de propriedade, senão proteção essencial à preservação da própria entidade familiar, sendo esse o verdadeiro escopo da Lei nº 8.009/90.

Nessa esteira, o executado dispõe de outros três imóveis além daquele sobre o qual recai a constrição, tratando-se todos eles de casas construídas, conforme fls. 182/184 e 309/335, de modo que tem outros imóveis à sua escolha, para garantia do direito à moradia. A presente execução busca a satisfação de R$890.368,05, válido para 31/12/2022 (fls. 336) e a soma do valor dos outros três imóveis indicados a fls. 182/184 não satisfazem a execução, quando aquele penhorado, sim. Além do mais, o executado (embora disponha de outros imóveis, cuja destinação se desconhece), não indicou bens à penhora em substituição ao imóvel em questão.

Assim, rejeito a impugnação de fls. 371/376. Cumpra-se a decisão de fls. 341/342.

Intime-se.

Guarulhos, 24 de abril de 2023.

A propriedade que se pretende proteger não é a única pertencente ao agravante, dado que ele dispõe de diversos outros imóveis no mesmo município (Paraty-RJ – fls. 223/225).

E na hipótese de multiplicidade de imóveis, ausente instituição por ato voluntário sobre qual deles seria alcançado pela impenhorabilidade (regramento do art. 1711 e seguintes do Código Civil), tal proteção passa a ser regulada pelo disposto na Lei n. 8.009/90, de modo que o imóvel de menor valor é que contará com a garantia da impenhorabilidade – inteligência do art. 5º, parágrafo único[1],

1 Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.
Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

Acesso ao Sumário

da lei apontada.

A jurisprudência consolidada no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça sinaliza no mesmo sentido:

> **4) Nas situações em que o devedor possua vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade poderá incidir sobre imóvel de maior valor caso tenha sido instituído, formalmente, como bem de família, no Registro de Imóveis (art. 1.711 do CC/2002) ou, na ausência de instituição voluntária, automaticamente, a impenhorabilidade recairá sobre o imóvel de menor valor (art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 8.009/1990). (JURISPRUDÊNCIA EM TESES N. 200).**

Ademais, no atual momento sociojurídico, o prestígio que deve ser conferido é à efetividade da atividade executiva diretrizes contidas nos arts. 4º e 8º[2], do CPC.

De rigor, portanto, a manutenção da r. decisão impugnada, logo, considera-se prequestionada a matéria relativa aos recursos especial e extraordinário.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo, restando revogado o efeito suspensivo outrora concedido.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 43.402)

Vistos.

Adotado o relatório do voto condutor, ouso respeitosamente divergir do desfecho atribuído à pretensão nos moldes perfilhados pelo DD. Relator Ruy Alberto Leme Cavalheiro, e respeitosamente o faço para prover o recurso de agravo de instrumento, nos termos da fundamentação que se segue.

De fato, assiste razão ao agravante quanto à necessidade de afastamento da constrição, uma vez que a penhora recaiu sobre imóvel utilizado pelo executado como moradia, consoante se extrai da documentação juntada aos autos, tratando-se, portanto, de bem impenhorável, nos termos do artigo 1º, da Lei nº 8.009/90.

Insta consignar que a utilização do imóvel como moradia foi inclusive reconhecida pelo Juízo a quo, em decisão de fls. 412: "***Embora os documentos apresentados denotem que o executado utiliza o imóvel constrito como moradia****, fato é que a jurisprudência, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e dos Tribunais Superiores, é assente no sentido de que o instituto do bem de família e a garantia de sua impenhorabilidade objetivam evitar o desaparecimento material do lar que abriga a família, não se tratando, pois, de uma garantia ao direito de propriedade, senão proteção essencial à preservação da própria entidade familiar, sendo esse o verdadeiro escopo da Lei nº 8.009/90.*" (destacamos)

O fato de o executado possuir outros imóveis não afasta a proteção legal, não descaracterizando como bem de família aquele utilizado como sua moradia.

2 Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Nesse sentido:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução de título extrajudicial – Penhora de bens imóveis – Alegação de impenhorabilidade – Rejeitada – Farta documentação comprobatória de que o imóvel de matrícula 4.056, constitui residência do executado (contas de consumo e IPTU) – **Bem imóvel que por constituir moradia do executado e sua família é impenhorável – Existência de demais imóveis de sua propriedade não retira a proteção legal – Precedentes do STJ** – Inexistência de qualquer prova acerca da exploração agrícola pela família do executado em relação ao imóvel de matrícula 36.210 – Possibilidade de constrição – Decisão parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido* (TJSP; Agravo de Instrumento 2177335-69.2023.8.26.0000; Relator: Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Flórida Paulista - Vara Única; Data do Julgamento: 28/09/2023; Data de Registro: 28/09/2023)

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de título extrajudicial. Penhora de imóvel dos devedores. Impugnação à penhora rejeitada. Alegação de bem de família. Prova produzida revela que o filho dos agravantes, bem como sua nora e seus netos residem no imóvel penhorado. Proteção legal caracterizada. Inteligência dos artigos 1º e 5º, da Lei 8.009/90. **Prova dos autos que demonstra serem os devedores proprietários de outros bens imóveis. Irrelevância ante a prova de residência da família no imóvel constrito. Precedente do C. STJ. Impenhorabilidade reconhecida**. Outros imóveis que podem ser objeto de constrição judicial. Decisão reformada. Recurso provido.* (TJSP; Agravo de Instrumento 2162548-35.2023.8.26.0000; Relator: Décio Rodrigues; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 41ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/08/2023; Data de Registro: 21/08/2023)

*EXECUÇÃO – Decisão que determinou a penhora de direitos sobre bens imóveis de titularidade da parte agravante, reservando 30% do valor de venda ao devedor – Admissível o reconhecimento da impenhorabilidade dos direitos que o devedor possui sobre bem imóvel declarado como bem de família, em execução por dívida alheia à da aquisição da habitação – **O reconhecimento da impenhorabilidade, nos termos da LF 8.009/90, não está condicionado à prova de que o bem penhorado seja o único de propriedade do devedor, mas sim que a constrição judicial realizada recaiu sobre imóvel no qual o devedor reside** – O ônus da prova de que a penhora recaiu sobre bem de família é do executado – **O valor do imóvel é indiferente para fins de reconhecimento da impenhorabilidade prevista na LF 8.009/90** – Reconhecimento de que os imóveis cujos direitos foram constritos, são bem de família, porque utilizados não apenas como residência da parte executada, mas também como residência de sua família, sendo, portanto, impenhoráveis, nos termos do art. 1º, da LF 8.009/90 – Reforma da r. decisão agravada, para reconhecer a impenhorabilidade do imóvel penhorado, determinando-se o levantamento da constrição deferida sobre os direitos do devedor sobre os imóveis. Recurso provido.* (TJSP; Agravo de Instrumento 2123215-76.2023.8.26.0000; Relator: Rebello Pinho; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 40ª Vara Cível; Data

Acesso ao Sumário

do Julgamento: 07/08/2023; Data de Registro: 09/08/2023)

Isso posto, ousando discrepar do entendimento do culto e douto Relator, meu voto é no sentido do ***provimento*** do recurso, nos termos expostos.
NOGUEIRA DIEFENTHÄLER, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2086228-41.2023.8.26.0000, da Comarca de Mongaguá, em que é agravante SAVOY IMOBILIÁRIA CONSTRUTORA LTDA., é agravado MUNICÍPIO DE MONGUAGUÁ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, em julgamento estendido, deram provimento ao recurso, vencidos os 2º e 3º juízes. O 3º Juiz declara voto", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.988)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), GERALDO XAVIER, JOÃO ALBERTO PEZARINI e WALTER BARONE.

São Paulo, 9 de novembro de 2023.
REZENDE SILVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – IPTU, taxa de coleta de lixo, taxa de expediente e multa por construção irregular – Exercícios de 2017 a 2019 – Insurgência em face de decisão que acolheu em parte a exceção de pré-executividade para excluir a cobrança de taxa de expediente – Alegação de ilegitimidade passiva da proprietária - Ilegitimidade passiva – Ocorrência – Prova documental que demonstra ter sido o imóvel invadido e, por uma solução amigável, celebraram contrato de compromisso de venda e compra – Decisão reformada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata- se de tempestivo recurso de agravo de instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por **SAVOY IMOBILIÁRIA CONSTRUTORA LTDA**., por meio do qual objetiva a reforma da decisão copiada a fls. 52/55, que acolheu em parte a exceção de pré- executividade para excluir a cobrança da taxa de expediente e condenou o exequente ao pagamento de honorários advocatícios em 10 % do valor da causa.

Em suas razões alega, em suma, que o imóvel objeto da execução fiscal

foi alienado a terceiro em setembro de 2020, tendo o atual proprietário se responsabilizado pelo pagamento dos débitos, tendo em vista que estava na posse do imóvel e o ocupava irregularmente. Alega ainda, que o IPTU tem natureza " propter rem", que se transfere automaticamente com a propriedade. Não possui mais os direitos inerentes à propriedade, sendo de rigor o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva. Transcreve precedentes jurisprudenciais em favor de sua tese. Requer a reforma da decisão, extinguindo-se a execução fiscal, ante sua ilegitimidade passiva.

O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido, mas atribuído efeito suspensivo (fls. 63/64).

Contraminuta a fls. 74/80.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Trata-se de execução fiscal que visa à cobrança de IPTU, taxa de coleta de l ixo, taxa de expediente e multa por construção irregular, dos exercícios de 2017, 2018 e 2019, do imóvel situado na Rua Nossa Senhora da Aparecida, nº 905, Jd. Itapoan, Quadra "13", Lote "19", no valor de R$ 10.790,22, distribuída em 20.11.2021.

A executada foi citada via postal (fls.08) e apresentou exceção de pré-executividade, alegando ilegitimidade passiva e inconstitucionalidade da taxa de expediente.

E se insurge em face de decisão que acolheu em parte a exceção de pré -executividade para excluir a cobrança da taxa de expediente e condenou o exequente ao pagamento de honorários advocatícios em 10 % do valor da causa.

Com razão.

A exceção de pré-executividade tem cabimento como meio de defesa em execução fiscal, sempre que envolva matéria de ordem pública cognoscível de ofício pelo juiz e que haja prova pré-constituída, sem a necessidade de ampliação da fase instrutória, adotado o entendimento contido na Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória", o que é o caso dos autos.

A ora agravante alega ilegitimidade passiva por não ser a proprietária do referido imóvel, pois vendeu em 23.09.2020 para Bruna Fernanda da Silva Alcantara, tendo em vista que invadiu o imóvel e o ocupava irregularmente, juntando contrato de compromisso particular de venda e compra (fls. 24/36 dos autos originais).

E na cláusula quarta do referido contrato menciona que a compradora já se encontrava na posse do imóvel, de modo irregular:

> "CLÁUSULA QUARTA: Todos os impostos, taxas e seus acréscimos que recaíam ou que vierem a recair sobre o imóvel objeto deste compromisso, **mesmo os anteriores a data do compromisso (23/09/2020)** ainda que lançados em nome da "**PROMITENTE**", serão de responsabilidade exclusiva da **"COMPROMISSÁRIA" (uma vez que a mesma já se encontrava na posse do imóvel e utilizando-o irregularmente, decorrendo o presente compromisso de solução amigável para obviar ação de**

Acesso ao Sumário

reintegração de posse, inclusive com preço e condições inferiores ao valor de mercado, por acordo entre as partes na definição do preço), e por ela deverão ser pagos regularmente e pontualmente, devendo exigir os comprovantes de pagamento no escritório da "**PROMITENTE**" no mês que se seguir à época do pagamento do imposto, ficando ainda a "**COMPROMISSÁRIA**" com a obrigação de resolver e pagar na Prefeitura da Estância Balneária de Mongaguá eventuais débitos de IPTU, ou de qualquer outro que seja. (...) "

A ora agravante fez prova suficiente de que o imóvel de sua propriedade foi invadido ao tempo dos fatos geradores.

Tal situação é inibitória de impor à proprietária, alijada dos direitos essenciais inerentes ao domínio, a obrigação de pagar o tributo sobre o imóvel. Situação fática, com reflexos na limitação do direito de propriedade e que impede a exigibilidade do tributo em face do titular do domínio.

Vale dizer: A cobrança de tributos de proprietária que não detém a posse do imóvel é inexigível, sob pena de ofensa aos princípios básicos da razoabilidade e da Justiça, bem como violação ao direito de garantia de propriedade.

Contudo, nada impede que o Município, promova cobrança do débito tributário em nome dos ocupantes do imóvel invadido.

Nesse sentido são os julgamentos desta 14 ª Câmara de Direito Público:

"**APELAÇÃO – Execução fiscal – IPTU. Exercício de 2018 – Exceção de pré-executividade acolhida. Sentença de extinção. Invasão de imóvel tributado, com perda de seu conteúdo econômico e dos direitos inerentes à propriedade. Ilegitimidade passiva configurada. Sentença mantida. Recurso desprovido**." (TJSP – 14ª Câmara de Direito Público – Apelação nº 1510061-86.2019.8.26.0224 – Relator Desembargador João Alberto Pezarini, j. 31.03.2022)

"**EMBARGOS À EXECUÇÃO – FISCAL – IPTU – Tributo lançado em face da sucessora da pessoa jurídica proprietária do imóvel – Legitimidade passiva configurada – Fortes indícios de invasão do imóvel por terceiros – Perda dos poderes inerentes à propriedade e, consequentemente, da pretensão de cobrança do tributo em face da executada, haja vista a falha do Estado em garantir o respectivo direito – Precedentes do STJ – No mais, ofensa aos princípios da isonomia tributária, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco – Tema não impugnado pela Fazenda Pública, a qual se quedou inerte quando instada a produzir provas – Ausência de cerceamento de defesa – Inexigibilidade do IPTU – Precedentes deste Tribunal – Sentença mantida – Recurso desprovido**." (TJSP – 14ª Câmara de Direito Público – Apelação nº 1030937-32.2017.8.26.0405 – Relatora Desembargadora Mônica Serrano, j. 03.02.2022)

Dessa forma, acolher a exceção de pré-executividade era medida necessária, reconhecendo a i legitimidade passiva da executada, ora agravante, com a extinção da execução fiscal, condenando o Município exequente ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, nos termos do artigo 85, §3º, do Código de Processo Civil, que se fixa em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa (R$10.790,22 para novembro de 2021) , que corresponde ao proveito econômico visado, já incluídos os honorários recursais.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, meu voto **dá provimento ao recurso**, para reformar a decisão agravada, com o fim de acolher a exceção de pré-executividade para reconhecer a ilegitimidade passiva da executada Savoy, extinguindo-se a execução fiscal, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil e condenar o Município, ora agravado, ao pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa (R$10.790,22 para novembro de 2021), que corresponde ao proveito econômico visado, arbitrados em conformidade com o artigo 85, §3º, do Código de Processo Civil, já incluídos os honorários recursais.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 42.039)

Divirjo da maioria.

O recurso merece provimento.

A execução tem por objeto cobrança de tributos e multa incidentes sobre imóvel localizado na Rua Nossa Senhora Aparecida, 905, quadra 13, lote 19, cadastro municipal nº 35001301900.

A excipiente comprovou que referido imóvel foi alienado a terceiro por meio de instrumento particular compromisso de venda e compra celebrado em 23.9.202 (fls. 24/36 da execução).

Consta, ainda, no referido instrumento, que a adquirente há anos ocupava o imóvel.

E 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 agravante.

Assim, a existência de instrumento, público ou particular, com a consequente transferência da posse, afastam a responsabilidade tributária, da agravante, sendo esta, portanto, parte ilegítima para figurar no polo passivo da execução fiscal.

Da mesma forma, a multa administrativa, que possui natureza pessoal e não real. Assim, somente pode ser responsabilizado aquele que cometeu a infração que deu origem à penalidade.

Na hipótese, como a multa decorre de ato ocorrido em período em que o adquirente já ocupava o imóvel, o vendedor não pode ser responsabilizado pelo seu pagamento.

Nesse sentido, precedentes deste Tribunal:

"APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à Execução Fiscal – Multas administrativas referentes a muro, passeio e limpeza do imóvel – Argüição de ilegitimidade passiva – Embargante que não se encontrava mais na posse do imóvel quando foram constatadas as irregularidades que implicaram nas imposições das multas – Ilegitimidade acolhida – Sentença reformada – Recurso provido"[3].

"Apelação – Embargos à Execução Fiscal – Multas MPL – passeio, ano de 1996 – Município de São Paulo – Compromisso de Compra e Venda por Instrumento Particular – Ilegitimidade Passiva do promitente vende-

3 Apelação nº 994.05.030208-4, Rel. Des. Eutalio Porto, j. 28.02.08.

dor, pois a presumida posse do imóvel por parte do promissário comprador foi demonstrada pelo reconhecimento de firma dos contratantes antes do fato gerador da multa – Recurso Provido"[4].

Nesse quadro, de rigor a reforma parcial da decisão para reconhecer a ilegitimidade passiva da excipiente.

Contudo, com a vênia do relator sorteado, não é o caso de extinção da execução, devendo-se oportunizar 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 20% sobre o valor da execução.

Posto isso, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso para reconhecer a ilegitimidade da agravante, oportunizando-se ao Município a substituição do polo passivo.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2282359-86.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TELXIUS CABLE DO BRASIL LTDA., é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, ratificando a tutela recursal concedida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.933)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU (Presidente) e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 23 de novembro de 2023.

PONTE NETO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA DE URGÊNCIA – AÇÃO ANULATÓRIA – AIIM – SEGURO GARANTIA PARA PERMITIR A RENOVAÇÃO DE CRF E IMPEDIR A INSCRIÇÃO DO CNPJ DA EMPRESA NO REGISTRO DO CADIN ESTADUAL, BEM COMO O PROTESTO DA DÍVIDA, EM RAZÃO DOS DÉBITOS DE ICMS. Viabilidade condicionada à regularidade da caução oferecida – Oferecimento de apólice de seguro garantia com condições particulares em sintonia com as normas administrativas – O seguro garantia, se regularmente prestado, pode ser oferecido como caução, diante de dívida tributária, para autorizar a expedição de certidão positiva com efeito negativo, a não inscrição no CADIN e o impedimento de protestos dos débitos em

Acesso ao Sumário

4 Apelação nº 994.06.045734-8, Rel. Des. Rodrigues de Aguiar, j. 11.02.10.

discussão – Precedentes do C. STJ e deste E. TJSP – Reforma da decisão agravada, que deferiu parcialmente o pedido de tutela de urgência, somente para autorizar a emissão de Certidão de Regularidade Fiscal (CRF) – Decisão agravada, reformada, para que seja aceita a apólice do seguro garantia oferecido pela agravante, em relação aos débitos tributários de ICMS, decorrentes de AIIM e, assim, totalmente concedida a tutela de urgência, determinando-se que o débito tributário em questão: (1) não constitua impedimento à expedição de Certidão de Regularidade Fiscal, na forma do artigo 206 do CTN; (2) não justifique a inclusão do nome da autora no CADIN ou Serasa, bem como os demais órgãos e cadastros de inadimplentes; e (3) não seja protestado, até o julgamento da ação anulatória – Agravo provido, ratificando-se a tutela recursal.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por **TELXIUS CABLE BRASIL LTDA**. contra a r. decisão, proferida às fls. 69/71 dos autos do processo n.º 1057837-31.2023.8.26.0053 (reproduzida às fls. 67/69), que deferiu parcialmente o pedido de tutela de urgência, 2282359-86.2023, em ação ordinária que move em face do ora agravado, **ESTADO DE SÃO PAULO**, para que a "Apólice de Seguro Garantia nº 03069202399077509853420000" seja recebida como garantia relativa aos créditos tributários decorrentes do AIIM nº 4.109.992-8, de modo que o débito com o réu **(a)** não constitua impedimento à expedição da Certidão de Regularidade Fiscal, na forma do artigo 206 do CTN; **(b)** não justifique a inclusão do nome da autora no CADIN, ou Serasa, bem como nos demais órgãos e cadastros de inadimplentes; e **(c)** não seja protestado.

Alega a agravante, em resumo, que os Tribunais Superiores e este E. TJSP admitem o oferecimento antecipado de apólice de seguro como garantia aos débitos que ainda são objeto de execução fiscal, a fim de assegurar a renovação da CND da empresa, bem como para obstar a inscrição do CADIN e o protesto da dívida, a teor do que dispõe a própria Resolução PGE nº 44/2019 (art. 105), sem que isso implique a suspensão da exigibilidade das exações; portanto, estão presentes todos os requisitos para o deferimento integral da medida, na ação anulatória, para haver a manutenção da sua regularidade fiscal perante o Estado de São Paulo, tendo em vista que certamente poderá haver impacto no regular exercício das suas atividades empresariais e econômicas, cujos direitos são fundamentais e previstos na Constituição Federal (art. 5º, XXXIII e XXXIV, "b"; e art. 170, parág. único).

Com tais argumentos, a agravante requer: a concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal, nos termos do artigo 1.019, inciso I, c.c. o artigo

Acesso ao Sumário

300, ambos do CPC, para o deferimento integral do pedido de tutela de urgência; bem como o provimento do recurso, no sentido de reformar parcialmente a r. decisão agravada, para determinar que os débitos consubstanciados no AIIM nº 4.109.992-8: **(a)** não sejam inscritos no CADIN estadual; **(b)** não sejam objeto de protestos por tabeliões de títulos; bem como **(c)** não sejam incluídos em qualquer outro órgão informativo de pendências, a exemplo do Serasa, SPC, dentro outros.

Deferida antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 79/81), a FESP apresentou contraminuta (fls. 86/93).

Conclusos os autos para julgamento virtual, este relator determinou que a agravante juntasse o AIIM nº 4.109.992-8, devidamente atualizado (fls. 96), o que fora cumprido às fls. 98/1767.

É O RELATÓRIO.

2. O recurso comporta provimento.

Verifica-se, inicialmente, que a agravante não solicitou a renovação da sua certidão de regularidade fiscal, impedir a inscrição do seu CNPJ no registro do CADIN Estadual, bem como o protesto da dívida, em razão dos débitos de ICMS, decorrentes do AIIM nº 4.109.992-8, reproduzido às fls. 100/103, o que é plenamente possível, desde que regularmente emitido o seguro fiança e que este, de fato, garanta o adimplemento do débito; entretanto, a r. decisão agravada deferiu parcialmente o pedido de tutela de urgência, somente para autorizar a emissão de Certidão de Regularidade Fiscal (CRF).

Contudo, por se tratar de débito de natureza não- tributária e muito embora constitua Dívida Ativa da Fazenda Pública, nos termos do disposto nos artigos 2º da Lei n° 6.830/80 e 39, § 2º, da Lei n° 4.320/64, não se aplica o Código Tributário Nacional e nem mesmo a Súmula 112 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Vale destacar que o Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 656, § 2º, atual artigo 848, parágrafo único, do atual CPC, admite o seguro garantia para fins de garantia do juízo.

A propósito, já decidiu este E. TJSP:

"Isto se deve ao fato da lei conferir ao devedor a execução do débito de modo que lhe seja menos gravosa (artigo 620, CPC), e também porque o artigo 656, § 2º, do citado diploma legal, ao posicionar o seguro garantia ao lado da fiança bancária, teria equiparado tais espécies de caução.

E, se houve equiparação, não haveria óbice ao oferecimento do seguro garantia à penhora, nos termos do artigo 9º, inciso II, da lei n. 6.830/80."

(AI n.º 0072193-96.2012.8.26.0000, rel. Des. RUBENS RIHL).

E, ainda, a Lei n.º 13.043, de 13/11/2014, incluiu o seguro garantia nas hipóteses dos artigos 7º, II, 9º, II e §§ 2º e 3º, artigo 15, I e 16, II, todos da Lei n.º 6.830/80.

"Art. 9º -. Em garantia de execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão da Dívida Ativa, o executado poderá:

I – (...);

II – oferecer fiança bancária ou seguro garantia."

Se, até então, a jurisprudência oscilava sobre a aplicação subsidiária do

Acesso ao Sumário

CPC (art. 656, § 2º), agora não há como negar que tanto a fiança bancária quanto o seguro garantia são bens constantes do rol dos penhoráveis, não havendo qualquer ofensa ao dispositivo legal.

Neste sentido, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"*PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SEGURO-GARANTIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. LEI 13.043/2014. MODALIDADE EXPRESSAMENTE INSERIDA NA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL. ART. 9°, II, DA LEF. NORMA PROCESSUAL. APLICABILIDADE IMEDIATA. CABIMENTO.*

1. Cinge-se a controvérsia a definir se o seguro garantia judicial pode ser utilizado, em Execução Fiscal, como modalidade de garantia da dívida.

2. A jurisprudência do STJ, em atenção ao princípio da especialidade, era no sentido do não cabimento, uma vez que o art. 9° da LEF não contemplava o seguro-garantia como meio adequado a assegurar a Execução Fiscal.

3. Sucede que a Lei 13.043/2014 deu nova redação ao art. 9°, II, da LEF para facultar expressamente ao executado a possibilidade de "oferecer fiança bancária ou seguro garantia". A norma é de cunho processual, de modo que possui aplicabilidade imediata aos processos em curso.

4. Não merece acolhida, portanto, a pretensão da Fazenda Pública do Estado de São Paulo de impedir que a dívida seja garantida mediante oferecimento de seguro-garantia.

5. Recurso Especial não provido." **(REsp 1508171/SP, RECURSO ESPECIAL 2014/0340985-1, Ministro HERMAN BENJAMIN, T2 - SEGUNDA TURMA, julgado em 17.03.2015)**

Tampouco há de se cogitar de suposta insuficiência da garantia prestada, ou do renome e solidez da seguradora, já que a lei especial não faz tal exigência que era, a propósito, fruto de construção jurisprudencial.

O artigo 9º, inciso II, da Lei n. 6.830/80 é claro ao estabelecer que a garantia deve espelhar "***o valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa***", observando-se que a nova legislação, especial, não exige o plus de 30% sobre o valor do débito previsto na lei geral (art. 656, § 2º do CPC, não mais aplicável aos débitos de natureza fiscal).

Acrescente-se que o fato de constar nas apólices disposição especial acerca do pagamento do valor contratado, o qual somente será efetuado após o trânsito em julgado da decisão ou acordo favorável ao segurado, e de possuir prazo determinado não constituem óbice ao deferimento da pretensão da empresa agravante.

Isto porque cabe à empresa renovar a vigência da apólice, nos termos das condições particulares previstas no contrato.

E, por outro lado, o artigo 15, inciso II, da Lei de Execuções Fiscais, assegura à Fazenda Pública, em qualquer fase do processo, a substituição dos bens penhorados por outros, assim como o reforço da penhora insuficiente. Portanto, não se entrevê, por conta da aceitação do seguro garantia, a possibilidade de prejuízo, mesmo porque, em princípio, o débito está garantida.

Além disso, se pleiteia aqui apenas a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, exclusão do nome do CADIN e a impossibilidade de se levar o título a protesto.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, já decidiu esta C. 9ª Câmara:

'TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – GARANTIA DA EXECUÇÃO – SEGURO GARANTIA – ADMISSIBILIDADE. É cabível a garantia da execução fiscal por meio de seguro garantia, nos termos do art. 9º, II, LEF, com a redação dada pela Lei n° 13.043/14. Decisão reformada. Recurso provido." **(Agravo de Instrumento nº 2043718- 91.2015.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. DÉCIO NOTARANGELI, j. em15/04/2015);**

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. INDEFERIMENTO DE NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ATO DE AFETAÇÃO. OFERECIMENTO DE SEGURO-GARANTIA. Aceitação do seguro garantia para autorizar o ato de afetação. Superveniência da Lei n. 13.043/2014 que alterou o inciso II do artigo 9º da Lei n. 6.830/80. Possibilidade. Bens que passaram a compor o rol de bens penhoráveis na execução fiscal. Precedente do STJ. Suficiência da garantia prestada comprovada e admitida pela própria Fazenda. RECURSO PROVIDO." **(Agravo de Instrumento nº 2233763-52.2015.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR, j. em 27/01/2016).**

Assim, o que se conclui é que o seguro garantia autoriza a expedição de certidão positiva com efeito negativo, a não inscrição no CADIN, bem como impede o protesto da dívida, em razão dos débitos de ICMS em discussão.

Dessa forma, confirmando a antecipação da tutela anteriormente concedida, a decisão de primeiro grau agravada deverá ser reformada para que seja aceita como garantia do crédito tributário em discussão a fiança apresentada pela recorrente, para fins exclusivos de expedição de sua certidão estadual de regularidade fiscal, bem como da impossibilidade de inscrição da autora no CADIN ou em quaisquer outros órgãos de restrição similares e, ainda, que não se promova protestos dos débitos decorrentes do Auto de Infração de ICMS nº 4.109.992-8, até o julgamento final da presente ação.

No caso, verifica-se que a exigência legal supra foi atendida, pois as informações constantes naqueles autos indicam que o valor da apólice de seguro apresentada pela agravante, com validade até 29/08/2028, na importância de **R$2.348.127,98** (fls. 34/40 dos autos processo nº 1057837-31.2023.8.26.0053), garante com sobra o débito tributário, mesmo com o acréscimo de 30%, pois, como comprovou a agravante, foi dado parcialmente provimento ao recurso do contribuinte pelo E. Tribunal de Impostos e Taxas (fls. 1714/1767 dos autos deste A.I.), tendo a própria FESP demonstrado que o valor do AIIM fora reduzido para **R$1.784.114.47**, atualizado até 27/10/2023 (fls. 1808/1809 daqueles autos). Ademais, alterando entendimento anterior, a exigência de seguro garantia com o valor do débito acrescido de 30% deve ser observada apenas nas hipóteses de substituição da penhora (CPC, arts. 835, § 2º, e 848, § único), e não no caso de garantia inicialmente ofertada.

Em casos semelhantes, já decidiu este E. TJSP:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. ICMS. SEGURO GARANTIA. É possível ao contribuinte, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa. Entendimento con-

Acesso ao Sumário

solidado pelo e. STJ, em recurso repetitivo (REsp 1.123.669/RS, Tema 237). Conquanto o seguro garantia não figure como causa de suspensão de exigibilidade do crédito tributário (art. 151, CTN), nada impede que sejam obstados os efeitos secundários da existência da dívida, como a inscrição no CADIN e o protesto de CDA. Suspensão da exigibilidade do débito condicionada ao preenchimento dos requisitos dos arts. 835, § 2º, e 848, parágrafo único, do CPC. Apresentação de seguro garantia em valor superior ao do débito, acrescido de trinta por cento. Deferimento de medida que não oferece risco de prejuízo ao erário, pois, em caso de improcedência do pedido, o fisco poderá prosseguir com a execução do débito. RECURSO DESPROVIDO." **(A.I. nº 3005190-87.2023.8.26.0000; Relator: ALVES BRAGA JUNIOR; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 01/11/2023)**

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação declaratória com pedido de antecipação de tutela – Decisão que indeferiu a medida de urgência que buscava a aceitação de carta-fiança como garantia antecipada para a emissão da certidão de regularidade fiscal da Autora e obstar a sua inscrição em qualquer cadastro de inadimplentes e o protesto extrajudicial – Inadmissibilidade – Pretensão recursal que merece ser acolhida – Débitos apurados que estão relacionados à cobrança de ICMS – Oferecimento de garantia idônea e em valor superior ao da dívida tributária – Inaplicabilidade da exigência do acréscimo de 30% do valor do débito, estabelecida pelo parágrafo único do artigo 848, do CPC, que trata da substituição da penhora – Possibilidade da expedição de certidão positiva com efeito de negativa – Óbice à inscrição do nome da recorrente em cadastro de inadimplentes/devedores e do protesto das dívidas fiscais – Precedentes desta C. Câmara – R. Decisão reformada. Recurso provido.". **(A.I. nº 2256038-14.2023.8.26.0000; Relator: CARLOS EDUARDO PACHI; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 25/10/2023)**

"Agravo de instrumento. Anulatória de débito fiscal. ICMS. Inconformismo autoral contra decisão que, ao aceitar o oferecimento de seguro garantia a título de antecipação de penhora de execução fiscal futura, deferiu apenas em parte a tutela de urgência postulada na petição inicial. Almejada suspensão da exigibilidade do crédito tributário que não é de ser acolhida. Hipótese em que ausentes os requisitos legais autorizadores da medida. Modalidade de caução oferecida, entretanto, que é bastante a afastar os efeitos secundários da dívida. Precedentes. Inteligência, ademais, do Tema 237, do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito dos repetitivos. Recurso parcialmente provido.". **(A.I. nº 2160969-52.2023.8.26.0000; Relator: JOSÉ EDUARDO MARCONDES MACHADO; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 02/10/2023)**

3. Portanto, é o caso de provimento do recurso, reformando-se a r. decisão agravada, para que seja aceita a apólice do seguro garantia oferecido pela empresa agravante, em relação aos débitos tributários de ICMS, decorrentes do AIIM nº 4.109.992-8 e, assim, totalmente concedida a tutela de urgência (item "**a**" da inicial da ação anulatória, reproduzido às fls. 37), determinando-se que o débito em questão: (**a.1**) não constitua impedimento à expedição de Certidão de Regularidade Fiscal, na forma do artigo 206 do Código Tributário Nacional;

Acesso ao Sumário

(**a.2**) não justifique a inclusão do nome da autora no CADIN ou Serasa, bem como os demais órgãos e cadastros de inadimplentes; e (**a.3**) não seja protestado, até o julgamento da ação anulatória, permitindo-se a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, bem como a exclusão do CADIN e do protesto.

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

5. Pelo exposto, **dou provimento ao recurso, ratificando a tutela recursal concedida.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2132092-05.2023.8.26.0000, da Comarca de Jacareí, em que é agravante MUNICÍPIO DE JACAREÍ, são agravados EDSON PAULINO DE SOUZA (ESPÓLIO) e FUNDO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (FAR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.624)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente) e WALTER BARONE.

São Paulo, 5 de dezembro de 2023.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – IPTU e taxa de resíduos sólidos – Exercícios de 2017, 2018 e 2020 – Decisão que determinou a qualificação do inventariante, no prazo de quinze dias, sob pena de indeferimento da inicial – Descabimento – Possibilidade de citação da pessoa que for encontrada na posse do imóvel devedor – Inteligência dos art. 1.797 do Código Civil e dos artigos 613 e 614 do CPC de 2015 – Recurso provido.

VOTO

Agravo de instrumento em face de decisão (fls. 11) que, em execução fiscal[1] para cobrança de IPTU de 2017 e 2018 e taxa de resíduos sólidos de 2017, 2018 e 2020, determinou que o Município apresentasse a qualificação completa do inventariante, no prazo de 15 dias, sob pena de indeferimento da inicial.

1 Proc. nº 1513804-26.2021.8.26.0292; valor em 2/12/2021: R$ 1.991,45.

Acesso ao Sumário

Sustenta descabimento da medida, ante o disposto no art. 6, § 1º da Lei de Execução Fiscal.

Diante da ausência de citação, determinou-se imediato julgamento.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Enquanto não efetivada a partilha dos bens, a legitimidade passiva pertence ao espólio, representado pelo inventariante ou, na ausência deste, pelo administrador provisório.

Nesse quadro, afigura-se juridicamente viável a citação do espólio pelo cônjuge, companheiro ou outro herdeiro do devedor originário que seja encontrado na posse no imóvel e ali seja encontrado, na qualidade de administrador provisório, com fundamento nas disposições do art. 1797 do Código Civil e dos artigos 613 e 614 do CPC de 2015.

Nesse sentido, veja-se:

"PROCESSO CIVIL. MORTE DE UMA DAS PARTES. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ESPÓLIO. **REPRESENTAÇÃO PELO ADMINISTRADOR PROVISÓRIO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE INVENTARIANTE. SUSPENSÃO DO FEITO. DESNECESSIDADE.** NULIDADE PROCESSUAL. INOCORÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO" (REsp 777.566-RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), j. 27/4/2010.

"RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE COBRANÇA PROMOVIDA EM FACE DO ESPÓLIO DO *DE CUJUS* – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, EM FACE DA ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – REFORMA – NECESSIDADE – **ESPÓLIO – LEGITIMIDADE AD CAUSAM PARA DEMANDAR E SER DEMANDADO EM TODAS AQUELAS AÇÕES EM QUE O DE CUJUS INTEGRARIA O PÓLO PASSIVO DA DEMANDA, SE VIVO FOSSE** (SALVO, EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL EM CONTRÁRIO – PRECEDENTE) – RECURSO ESPECIAL PROVIDO" (REsp 1.125.510/RS, Terceira Turma, Relator Min. Massami Uyeda, j. 6/10/2011).

Nesse quadro, de rigor a reforma da decisão para determinar prosseguimento da execução, afastando-se a exigência de apresentação da qualificação completa do inventariante.

Posto isso, **dá-se provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1017724-52.2021.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante GMP MARCATTO IND E COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA., é apelado MUNICÍPIO DE MOGI DAS CRUZES.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral realizada pelo Dr. Rafael Luiz Nogueira, OAB/SP 348486. Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.494)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 19 de outubro de 2023.

RICARDO CHIMENTI, Relator

Ementa: Apelação. Ação anulatória de débito fiscal. ISS. Construção Civil. Sentença que julgou improcedente a demanda, afastando as teses de não incidência do imposto e de decadência. Pretensão à reforma. Desacolhimento. Fato gerador. Prestação de serviços de construção civil. Ocorrência. Autora que não demonstrou ter realizado a obra em contexto semelhante à incorporação direta. Obra para ampliação do imóvel industrial da autora que, dada a sua grande extensão e o curto período em que foi realizada, somente poderia ter sido executada por empresas especializadas neste tipo de serviço, o que não é o caso da autora, que se dedica apenas à exploração industrial e comercial de peças para veículos, aeronaves e máquinas industriais. Regras ordinárias de experiência comum que sugerem a impossibilidade de ter sido a referida obra realizada por apenas um pedreiro que possuía vínculo empregatício com a autora, sem a contratação de empresas terceirizadas. Apelante que, na qualidade de tomadora dos serviços de construção civil e de proprietária do imóvel onde realizada a obra, é solidariamente responsável pelo pagamento do imposto.

Acesso ao Sumário

Artigo 6º, parágrafo único da LCM 26/2003. Tese de inocorrência do fato gerador do ISS afastada. Alegação de decadência que, igualmente, não merece acolhida. Serviços de construção civil. Prazo decadencial cuja fluência se inicia, em regra, no primeiro dia do exercício seguinte ao término da obra. Interpretação conjunta dos artigos 173, I e 116, I do CTN. Obra que, embora possa ser dividida em etapas de execução, é considerada una, universal, para fins de recolhimento do ISS. Precedente do STJ. Caso concreto em que a obra encontrava-se em situação irregular, posto que desde a expedição do alvará de construção em 2009, o contribuinte não informou a sua conclusão, tampouco requereu a renovação da licença, cujo prazo de validade era de cinco anos. Termo inicial da decadência que, nessa hipótese, é a data da ciência do Município acerca da obra irregular. Precedentes deste TJSP. Decadência, assim, não configurada. Sentença integralmente mantida. Recurso ao qual se nega provimento.

VOTO

I – Relatório

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Gmp Marcatto Ind e Comércio de Peças Ltda.** em face da r. sentença de p. 418/430, a qual julgou improcedente a Ação Anulatória de Débito Fiscal proposta em desfavor do **Município de Mogi das Cruzes**, por entender que a ocorrência do fato gerador do tributo é incontroversa, bem como que não restou consumada a decadência do direito ao lançamento do ISS incidente sobre serviços de construção civil, uma vez que a obra encontra-se inacabada. Pela sucumbência, condenou a parte autora ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa. No mais, revogou a tutela de urgência anteriormente concedida.

Em seu recurso, a apelante sustenta, em síntese, que (i) se valeu de um empregado, pedreiro, para a realização da construção civil, ou seja, mão-de-obra própria, o que comprova a inexistência do fato gerador; (ii) mencionado empregado trabalhou para a autora até 22.01.2013, quando sofreu acidente de trabalho; (iii) a obra está interrompida há mais de 10 anos, sem previsão de retorno, não havendo que se falar em incidência do ISS, que somente ocorre com a finalização da obra; (iv) o projeto para ampliação da sede da empresa foi apresentado ao Município em 19.03.2009, sendo emitido o consequente Alvará de Licença para Construção, Reforma, Conservação e Demolição n. 65.530-00,

Acesso ao Sumário

válido para início da obra em 19.09.2009; (v) a validade do alvará para construção é de 6 meses e não houve pedido de prorrogação, de modo que, caso se considere existente o fato gerador, este ocorreu em 2009 ou 2010, restando definitivamente caracterizada a decadência; (vi) caberia ao Município fiscalizar a obra, a partir da expedição do alvará de construção, ocasião em que possuía todos os elementos cabíveis para verificar a ocorrência do fato gerador. Requer a concessão do efeito suspensivo ao presente recurso e, ao final, o seu acolhimento e a reforma da r. sentença apelada (p. 443/458).

Em suas contrarrazões, o Município apelado alega, em suma, que (i) não restou demonstrado o preenchimento dos requisitos para concessão da tutela de urgência; (ii) a construção tributada foi constatada através do PA n. 14.303/2020, com a atualização de ofício dos dados cadastrais do imóvel, já que a autora não declarou a obra construída e não recolheu o ISS; (iii) no mesmo ano em que constatada a obra, o fisco notificou e lançou o tributo sobre a área do imóvel ampliada; (iv) a apelante não produziu provas de que a construção teria sido finalizada antes do quinquênio anterior ao lançamento; (v) a testemunha ouvida em audiência é empregada da empresa autora, motivo pelo qual seu depoimento foi colhido sem compromisso, como mera informante; (vi) o fisco constatou a ocorrência do fato gerador no bojo de processo administrativo de concessão de alvará de funcionamento, ou seja, a autora sequer comunicou a obra de ampliação à Prefeitura; (vii) o fato gerador do ISS é a efetiva realização da obra, não podendo eventual aprovação de projeto de construção e/ou expedição do respectivo alvará servirem de termo inicial para o prazo decadencial; (viii) o AVCB apresentado pela autora data de 12.09.2017, e os laudos técnicos de edificação e de elétrica, bem como o ART, foram expedidos em maio de 2020, demonstrando que a obra não estava finalizada antes destas datas; (ix) a autora não trouxe provas robustas a respeito de quem realizou a obra; (x) a grande extensão da obra indica que houve necessidade de mão-de-obra especializada (p. 467/481).

O efeito suspensivo postulado pela apelante foi indeferido (p. 501/505).

II – Fundamentação

O recurso, tempestivo e preparado, não comporta provimento.

A presente ação anulatória de débito fiscal foi proposta por Gmp Marcatto Ind e Comércio de Peças Ltda. contra o Município de Mogi das Cruzes, objetivando o reconhecimento da inexigibilidade do débito de ISS lançado contra si (decorrente da notificação fiscal n. 000.736/20 – p. 22), argumentando, para tanto, em apertada síntese, que (i) não ocorrera o fato gerador do ISS construção civil, pois a ampliação da área do imóvel, de sua titularidade, foi feita através de mão-de-obra própria; (ii) o lançamento ocorreu após o prazo decadencial, visto que a obra iniciou-se em 2009.

Acesso ao Sumário

Consta dos autos que, a partir do processo administrativo instaurado pela autora para a obtenção de alvará de funcionamento (14303/2020 – p. 319/365),

a fiscalização apurou haver divergência entre a área construída declarada no cadastro do imóvel (1.229,48 m²) e a área efetivamente construída (3.580,00 m²), tendo o Município realizado o lançamento do ISS devido sobre a área de 2.459,15 m², consoante se infere dos expedientes administrativos de p. 359/362.

Pois bem.

Nos termos do artigo 1º, *caput*, da Lei Complementar n. 116/2003, o ISS "**tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador**".

Conforme Aires F. Barreto:

"[...] a essência da hipótese de incidência do ISS não está no termo 'serviço' isoladamente considerado, mas na atividade humana que dele decorre, vale dizer, na prestação de serviço". Prestar serviço prossegue o autor, "indica, na técnica jurídica, obrigatoriamente, atividade em proveito alheio", de modo que "só há falar em prestação de serviço diante da presença de um prestador e de um tomador". Por conseguinte, "é incompatível com a estrutura sistêmica constitucional a tributação das atividades desenvolvidas pelo e para o próprio prestador" (Curso de direito tributário municipal – São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p 319).

Consoante a jurisprudência pacífica do C. STJ, o ISS não incide sobre a incorporação imobiliária direta, ou seja, quando a construção é feita pelo incorporador em terreno próprio com vistas à futura alienação. Isso porque a finalidade da incorporação direta "**[...] é a venda de unidades imobiliárias futuras, concluídas [...], a construção é simples meio para atingir-se o objetivo final da incorporação direta; o incorporador não presta serviço de "construção civil" ao adquirente, mas para si próprio**." **(REsp n. 1.166.039/RN, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 1/6/2010, DJe de 11/6/2010.).**

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO SOB O REGIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ENTRE OS ADQUIRENTES DAS UNIDADES AUTÔNOMAS E O CONSTRUTOR/INCORPORADOR (PROPRIETÁRIO DO TERRENO). ATIVIDADE QUE NÃO SE CARACTERIZA COMO PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.

1. Na construção pelo regime de contratação direta, há um contrato de promessa de compra e venda firmado entre o construtor/incorporador (que é o proprietário do terreno) e o adquirente de cada unidade autônoma. Nessa modalidade, não há prestação de serviço, pois o que se contrata é "a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis" (art. 43 da Lei 4.591/64). Assim, descaracterizada a prestação de serviço, não há falar em

Acesso ao Sumário

incidência de ISS.
2. Ademais, a lista de serviços sujeitos ao ISS é taxativa, não obstante admita interpretação extensiva. Além disso, é vedada a exigência de tributo não previsto em lei através do emprego da analogia (art. 108, parágrafo único, do CTN). Desse modo, se a previsão legal é apenas em relação à execução de obra de engenharia por administração, por empreitada ou subempreitada, não é possível equiparar a empreitada à incorporação por contratação direta, para fins de incidência do ISS, como entendeu o acórdão embargado.
3. Embargos de divergência providos."
(EREsp n. 884.778/MT, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/9/2010, DJe de 5/10/2010.)

Contudo, este não é o cenário dos autos.

No caso em exame, infere-se que a autora/apelante apresentou projeto de ampliação do imóvel industrial, assinado por uma arquiteta e uma engenheira civil, aprovado em 19.03.2009 (p. 128), tendo sido expedido o respectivo alvará de licença para construção com início em 19.09.2009 (p. 129).

Conforme afirmou a própria apelante (p. 452) e a testemunha Sheila ouvida na audiência (p. 402), a obra foi interrompida em meados de 2010 e, desde então, não foi retomada.

Alega a autora que, neste período, a construção foi realizada por apenas um pedreiro que possuía vínculo empregatício consigo e que trabalhou para a empresa até 22.01.2013, quando se aposentou por invalidez.

No entanto, referida alegação, embora tenha sido corroborada pelo depoimento da testemunha Sheila (ouvida como simples informante, por ser funcionária da empresa autora), não parece crível.

Primeiro porque a autora é uma pessoa jurídica que exerce atividades de exploração industrial e comercial de peças para veículos, aeronaves e máquinas industriais, e também o acabamento de peças para terceiros (cláusula 3ª do contrato social – p. 16), não possuindo, em seu objeto social, atividades ligadas à construção civil.

Assim, não parece possível crer que a apelante, sem possuir qualquer experiência no ramo de construção civil, e utilizando-se de mão-de-obra própria de apenas um funcionário pedreiro (que recebia um salário mensal de apenas R$ 917,40, cf. contrato de p. 174), teria realizado por sua conta e risco a obra para ampliação de grande extensão do imóvel (2.459,15 m², conforme projeto de p. 128), em poucos meses, sem a contratação de qualquer empresa terceirizada.

Segundo porque as fotografias de p. 377/378 demonstram que a construção foi parcialmente concluída, havendo, ao que tudo indica, a finalização de grande parte de suas etapas (considerando-se que já há laudo técnico de edificação e de elétrica, bem como auto de vistoria do corpo de bombeiros expedidos – p. 334, 338 e 339), o que, dada a grande extensão da obra, sugere a impossi-

bilidade de ter sido a construção erigida unicamente com esforços próprios da parte autora, segundo as regras de experiência comum.

Portanto, o caso em análise não se assemelha à hipótese de incorporação direta como alegado, havendo fortes elementos que indicam tratar-se de uma verdadeira obra por empreitada, de maneira que a tese de não incidência do ISS, nesse caso vertente, deveria mesmo ter sido afastada, mostrando-se legítimo o lançamento realizado pelo Município para a cobrança do ISS incidente sobre a construção (subitem 7.02 da LC 116/03 e LCM 26/2003), já que, na qualidade de tomadora dos serviços de construção civil, a apelante era pessoalmente responsável pelo pagamento e retenção do ISS, nos termos do que dispunha à época a LCM 26/03:

> **"Art. 8º São responsáveis pelo pagamento do ISS, desde que estabelecidos no Município de Mogi das Cruzes, devendo reter na fonte o seu valor:**
> **[...]**
> **II - as pessoas jurídicas, ainda que imunes ou isentas, e os condomínios de edifícios residenciais ou comerciais, quando tomarem ou intermediarem os serviços: (Redação dada pela Lei Complementar nº 134/2017)**
> **[...]**
> **a) descritos nos subitens 3.05, 07.02, 07.04, 07.05, 7.09, 7.10, 07.11, 7.12, 07.16, 07.17, 07.18, 07.19, 11.01, 11.02, 11.04, 12 (exceto 12.13), 16, 17.05, 17.10 e 20 da lista a que alude o caput do artigo 1º desta lei complementar, a eles prestados no território do Município de Mogi das Cruzes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 134/2017)"**

Destaque-se, ainda, que o contribuinte não se insurgiu contra o arbitramento da base de cálculo aparentemente realizado pelo Município, arguindo apenas a tese de não incidência do imposto ante a suposta ausência de prestação de serviços, a qual, contudo, como já explicitado, não merece guarida.

No mais, afirma a apelante que o lançamento foi realizado após o transcurso do prazo decadencial de cinco anos.

Razão também não lhe assiste.

Com efeito, a decadência tributária é regida pelo CTN que, em seu artigo 173, I, assim dispõe:

> **"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:**
> **I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;"**

Tratando-se de serviços de construção civil, a regra é de que o lançamento pode, em tese, ser efetuado a partir da data de conclusão da obra, ocasião em que se considera ocorrido o fato gerador (art. 116, I do CTN), pois será neste momento que o fisco disporá de todos os elementos necessários para a apuração dos aspectos da regra matriz de incidência:

Acesso ao Sumário

"Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:
I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;"

Oportuno mencionar, ainda, que o C. STJ já firmou entendimento, em recurso julgado sob o rito dos repetitivos, no sentido de que **"Mesmo estabeleça o contrato diversas etapas da obra de construção, muitas das quais realizadas fora da obra e em município diverso, onde esteja a sede da prestadora, considera-se a obra como uma universalidade, sem divisão das etapas de execução para efeito de recolhimento do ISS."** (REsp n. 1.117.121/SP, relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 14/10/2009, DJe de 29/10/2009.)

Em que pese referido entendimento ter sido adotado no âmbito de recurso no qual se discutia a competência ativa para a exigência do ISS, a mesma lógica, salvo melhor juízo, deve ser aplicada ao presente caso, em que as partes controvertem acerca do termo inicial da decadência, já que, se não é possível a cisão da obra para fins de fixação do aspecto territorial da incidência, também não se mostra admissível a divisão da obra por etapas para fins de definição do aspecto temporal do tributo.

No mais, ainda que houvesse sido comprovado o término da obra antes de 2015, a jurisprudência tem entendido que, tratando-se de obras irregulares, considera-se iniciado o prazo decadencial somente no momento em que a Fazenda toma ciência da construção clandestina:

"APELAÇÃO CÍVEL – Repetição de Indébito – ISS-Construção Civil – Jarinu – Insurgência da contribuinte – Desacolhimento – DECADÊNCIA – Não consumação – Obra clandestina e irregular, que não foi comunicada à Prefeitura quando realizada – Município que ao tomar conhecimento da construção lançou o tributo – Embora, como regra, o termo inicial da decadência no caso de ISS-Construção Civil seja a conclusão das obras, no caso concreto, os documentos juntados foram insuficientes a demonstrar esse termo – Lançamento efetivado no exercício de 2018 – Decadência não verificada – Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO."
(TJSP; Apelação Cível 1000782-62.2020.8.26.0301; Relatora: Tania Mara Ahualli; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Jarinu - Vara Única; Data do Julgamento: 10/04/2023; Data de Registro: 10/04/2023)

"APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA – ISS – CONSTRUÇÃO CIVIL – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – RECONHECIDA A DECADÊNCIA – RECURSO DO MUNICÍPIO – ACOLHIMENTO AINDA QUE COMPROVADO O TÉRMINO DA CONSTRUÇÃO MAIS DE CINCO ANOS ANTES DO LANÇAMENTO, O MUNICÍPIO SOMENTE TOMOU CONHE-

CIMENTO DA OBRA EM 2017 – CONSTRUÇÃO CLANDESTINA, NÃO COMUNICADA ÀS AUTORIDADES – PRAZO DECADENCIAL INICIADO COM A CIÊNCIA SOBRE A OBRA – LANÇAMENTO DO ISS EM 2018, DENTRO DO PRAZO QUINQUENAL – PRECEDENTES DESTA COL. CÂMARA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1015846-92.2021.8.26.0361; Relator: Amaro Thomé; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Mogi das Cruzes - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/04/2023; Data de Registro: 10/04/2023)

E, no caso, embora a autora tenha informado ao Município o início das obras e aprovado regularmente o projeto na Prefeitura, fato é que, após a expedição do alvará para execução de obras, a autora dispunha do prazo de cinco anos para concluir a construção ou requerer a renovação do documento por igual período, conforme preceitua o artigo 67, *caput* e § 1º do Código de Obras de Mogi das Cruzes – LC 143/19[1]. Porém, não há notícias de que a autora requereu referida renovação e, mesmo que o tivesse feito, em 2020 (data da fiscalização e do lançamento) a validade do alvará para construção já havia expirado, tornando a obra, pois, irregular.

Acrescente-se ainda que a apelante sequer informou ao Município a conclusão parcial da obra, nos termos do que autoriza o artigo 81 do Código de Obras de Mogi das Cruzes, não havendo dúvidas de que a obra encontrava-se em situação irregular e, por isso, não poderia o prazo decadencial fluir antes que o Município tivesse ciência da prestação dos serviços, sob pena de indevido favorecimento à sonegação fiscal e locupletamento ilícito, já que a atividade fiscalizatória depende, em grande parte, da colaboração dos contribuintes aos quais a lei impõe obrigações acessórias no intuito de facilitar e viabilizar a arrecadação.

Destarte, mais não é preciso dizer, devendo a r. sentença apelada ser integralmente mantida, eis que (i) restou satisfatoriamente comprovada a ocorrência do fato gerador do ISS em exame, não sendo o caso de incorporação direta; (ii) o lançamento foi realizado dentro do prazo decadencial iniciado com a ciência do Município acerca da obra em estado irregular.

Por fim, vencido também em sede recursal a apelante, os honorários advocatícios devidos aos Procuradores do Município devem ser majorados em 3% (totalizando 13% para primeiro e segundo graus) sobre o valor da causa atualizado, em cumprimento ao artigo 85, § 11 do NCPC e em conformidade com o **Enunciado administrativo n. 7**, do C. STJ, do seguinte teor:

"Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC"

Por derradeiro, a fim de evitar o ritual de passagem estabelecido no artigo

1 https://www.mogidascruzes.sp.gov.br/public/site/doc/201902070906465c5c11467b628.pdf

Acesso ao Sumário

1025 do CPC/2015, a multiplicação dos embargos de declaração prequestionadores e os prejuízos deles decorrentes, nos termos do artigo 8º (em especial dos princípios da razoabilidade e da eficiência) e do artigo 139, II (princípio da duração razoável do processo), ambos do CPC/2015, para fins de "prequestionamento ficto" desde logo considero incluídos neste acórdão os elementos que cada uma das partes suscitou nas suas razões e nas suas contrarrazões de recurso.

III – Conclusão

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006521-58.2021.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante ASSOCIAÇÃO DE DOCENTES DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - ADUNICAMP SEÇÃO SINDICAL, é apelado UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Thiago Sabbag Mendes, OAB/SP 273920", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.404)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 24 de outubro de 2023.

AFONSO FARO JR., Relator

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO – AÇÃO COLETIVA – DEMANDA PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO DE DOCENTES DA UNICAMP – CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO NO PERÍODO DE 27.05.20 A 31.12.21 PARA FINS DE VANTAGENS PECUNIÁRIAS – Ocorrência de contradição entre a fundamentação e o dispositivo – Afastamento do vício, sem alteração do resultado final – Impossibilidade da contagem pretendida – Art. 8º, IX, da Lei Complementar Federal nº 173/20 – Constitucionalidade reconhecida pelo STF nas ADIS 6.442, 6.447, 6.450 e 6.525 e no RE nº 1.311.742/SP (Tema nº 1.137) – Sentença de improcedência mantida.

DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA AUTORA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação coletiva ajuizada pela ASSOCIAÇÃO DOS DOCENTES DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - ADUNICAMP SEÇÃO SINDICAL em face da UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP objetivando o afastamento da incidência da Lei Complementar Federal nº 173/20, de modo a permitir a continuidade do cômputo do tempo de serviço dos professores que substitui, determinando a implementação dos direitos não concedidos em virtude dessa norma e condenando a requerida ao pagamento dos valores vencidos e vincendos de quinquênio e sexta-parte de todos os substituídos até a efetiva implementação, bem como à indenização dos períodos de licença-prêmio devidos em virtude da presente àqueles substituídos que se aposentarem até suspensão definitiva da aplicação da dita norma, tudo com a incidência de correção monetária e juros desde a data em que os substituídos passaram a fazer jus à esses direitos. Alega, segundo trecho do relatório da sentença, que "*Segundo o artigo 8.º da referida lei, os Estados e Municípios beneficiados com o programa de enfrentamento ao Coronavírus ficariam proibidos de conceder novas vantagens, aumentos ou reajustes de remuneração aos seus servidores entre 28 de maio de 2020 a 31 de dezembro de 2021. Sendo assim, a Unicamp passou a seguir as normas da LC n.º 173/20, deixando de conceder novos Adicionais por Tempo de Serviço (quinquênios e sextas- parte), bem como deixando de computar esse tempo para fins de concessão desses benefícios e licença-prêmio. Ocorre, porém, que a adoção de tais medidas se mostra equivocada, porque elas não são aplicáveis aos Estados, muito menos à Unicamp, e porque elas afrontam o princípio da legalidade e a garantia da irredutibilidade de vencimentos, do direito adquirido e da segurança jurídica*."

A sentença de fls. 366/375 julgou improcedentes os pedidos formulados, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios ao patrono do adverso, fixados por apreciação equitativa em R$ 5.000,00, nos termos do § 8º do art. 85 do Código de Processo Civil.

Pela autora foram opostos embargos de declaração (fls. 378/379), rejeitados às fls. 384/385.

Inconformada, apela a autora às fls. 388/398. Aponta inicialmente a nulidade da decisão que rejeitou os aclaratórios por negativa de prestação jurisdicional, insistindo na ocorrência da contradição apontada. No principal, insiste nos argumentos lançados na peça inaugural. Pede ao final o reconhecimento da mácula, com consequente retorno do feito à origem para que seja remediado o vício, ou então a imediata reforma para se decretar a procedência da ação.

Contrarrazões às fls. 405/415, pelo improvimento do recurso.

Acesso ao Sumário

É o relato do necessário.

Cuida-se de ação pela qual se busca a contabilização do período de 27.05.20 a 31.12.21, como período aquisitivo para fins de quinquênio, sexta -parte e licença-prêmio, com o pagamento de eventuais diferenças salariais, vencidas e vincendas, decorrentes da não aquisição dos referidos adicionais de tempo a que os docentes da Unicamp fazem jus.

De início cabe analisar a tese de nulidade. De fato, a fundamentação do *decisum*, ao reconhecer que a contagem para fins de progressão e adicionais temporais permaneceria apenas suspensa no interregno entre 25/05/20 a 31/12/21, mas seria considerada na íntegra no período posterior, apresenta nítida contradição com o dispositivo, que foi pela improcedência total. Em tese, a manter o argumento de suspensão e posterior aproveitamento, o pedido comportaria procedência parcial.

Porém, a despeito da constatação do vício, não é o caso de retorno do feito à origem. A uma, porque mesmo admitindo a carência de fundamentação na decisão que repeliu os aclaratórios, o tema de fundo é unicamente de direito e o art. 1.013, § 3º, IV, do CPC autoriza o tribunal a decidir desde logo o mérito. A duas, porque a solução final há de ser mesmo a improcedência.

A Lei Complementar Federal nº 173/20, que estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-1), assim dispõe em seu art. 8º, inciso IX:

> ***"Art. 8º. Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101/00, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:***
> ***IX - contar esse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins".***

Acesso ao Sumário

Quanto à matéria tratada, o Órgão Especial deste Tribunal se pronunciou em sentido diverso àquele adotado em primeiro grau, decidindo o Colegiado que não se deve impedir a aquisição dos direitos decorrentes do adicional por tempo de serviço e da licença-prêmio, mantendo-se apenas a suspensão do pagamento e da fruição de tais benefícios no período de 27.05.20 a 31.12.21 (mandado de segurança coletivo nº 2128722-23.2020.8.26.0000; Relator Des. James Siano; Órgão Especial; j. em 17.02.21; Data de Registro: 02.03.21).

Contudo, foram julgadas improcedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6.442, 6.447, 6.450 e 6.525, que questionavam a constitucionalidade da mencionada Lei Complementar Federal nº 173/20, reafirmando o C.

Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade do congelamento da contagem de tempo de serviço para fins de adicionais no período de enfrentamento da pandemia. *Verbis*:

> *"AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR 173/2020. PROGRAMA FEDERATIVO DE ENFRENTAMENTO AO CORONAVÍRUS (COVID-19). ALTERAÇÕES NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - LC 101/2000. PRELIMINARES. CONHECIMENTO PARCIAL DA ADI 6442. § 5º DO ART. 7º. NORMA DE EFICÁCIA EXAURIDA. MÉRITO. ARTS. 2º, § 6º; 7º E 8º. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DAS NORMAS. NORMAS GERAIS DE DIREITO FINANCEIRO E RESPONSABILIDADE FISCAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PRINCÍPIOS FEDERATIVO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PADRÕES DE PRUDÊNCIA FISCAL. MECANISMOS DE SOLIDARIEDADE FEDERATIVA FISCAL. ENFRENTAMENTO DE CRISE SANITÁRIA E FISCAL DECORRENTES DA PANDEMIA. COMPETÊNCIA BASEADA NO ART. 169 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS, DA PROPORCIONALIDADE, DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. RENÚNCIA DE DEMANDA JUDICIAL. NORMA DE CARÁTER FACULTATIVO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DIRIMIR CONFLITOS FEDERATIVOS. IMPROCEDÊNCIA. [...] 5. Quanto à alteração do art. 65 da LRF, o art. 7º da LC 173/2020 nada mais fez do que possibilitar uma flexibilização temporária das amarras fiscais impostas pela LRF em caso de enfrentamento de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional. 6.* ***A norma do art. 8º da LC 173/2020 estabeleceu diversas proibições temporárias direcionadas a todos os entes públicos, em sua maioria ligadas diretamente ao aumento de despesas com pessoal. Nesse sentido, a norma impugnada traz medidas de contenção de gastos com funcionalismo, destinadas a impedir novos dispêndios, congelando-se o crescimento vegetativo dos existentes, permitindo, assim, o direcionamento de esforços para políticas públicas de enfrentamento da calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19. 7. Os arts. 7º e 8º da LC 173/2020 pretendem, a um só tempo, evitar que a irresponsabilidade fiscal do ente federativo, por incompetência ou populismo, seja sustentada e compensada pela União, em detrimento dos demais entes federativos. A previsão de contenção de gastos com o aumento de despesas obrigatórias com pessoal, principalmente no cenário de enfrentamento de uma pandemia, é absolutamente consentânea com as normas da Constituição Federal e com o fortalecimento do federalismo fiscal responsável. 8. As providências estabelecidas nos arts. 7º e 8º da LC 173/2020***

Acesso ao Sumário

> ***versam sobre normas de direito financeiro, cujo objetivo é permitir que os entes federados empreguem esforços orçamentários para o enfrentamento da pandemia e impedir o aumento de despesas ao fim do mandato do gestor público, pelo que se mostra compatível com o art. 169 da Constituição Federal. Não há redução do valor da remuneração dos servidores públicos, uma vez que apenas proibiu-se, temporariamente, o aumento de despesas com pessoal para possibilitar que os entes federados enfrentem as crises decorrentes da pandemia de COVID-19, buscando sempre a manutenção do equilíbrio fiscal.*** *[...] 11. Conhecimento parcial da ADI 6442. Julgamento pela improcedência das ADIs 6442, 6447, 6450 e 6525"* (ADI 6442, Relator MIN. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, j. em 15.03.21, publicado em 23.03.21 g.n.)

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal em julgamento do recurso extraordinário nº 1.311.742/SP, com repercussão geral reconhecida (Tema nº 1.137), decidiu pela constitucionalidade do art. 8º, IX, da Lei Complementar Federal nº 173/20, afastando, por conseguinte, o entendimento anteriormente firmado pelo Órgão Especial deste Tribunal. Foi firmada a seguinte tese, de caráter vinculante:

> *"É constitucional o artigo 8º da Lei Complementar 173/2020, editado no âmbito do Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19)".*

Em acréscimo, nos autos da reclamação nº 48.178/SP, o Pretório Excelso deixou claro o alcance da interpretação que se deve dar ao art. 8º, IX, da Lei Complementar nº 173/20:

> *"RECLAMAÇÃO – ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – LEI COMPLEMENTAR N. 173/2020 – ATO NORMATIVO N. 1/2020 TJSP/TCESP/MPSP – ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NS. 6.442, 6.447, 6.450 E 6.525 E NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.311.742, TEMA 1.137 – DESCUMPRIMENTO CONFIGURADO – RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE – (...)* ***9. Ao determinar a contagem do tempo como de período aquisitivo, mas suspender o pagamento das vantagens e da fruição, o Tribunal de Justiça de São Paulo descumpriu as decisões deste Supremo Tribunal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 6.442, 6.447, 6.450 e 6.525 e no Recurso Extraordinário n. 1.311.742, Tema 1.137, nas quais reconhecida a constitucionalidade do art. 8º da Lei Complementar n. 173/2020. A contagem do tempo é proibida para os fins que a lei complementar determina. 10. Pelo exposto, julgo procedente a presente reclamação, para cassar a decisão proferida pelo Plenário do Tribunal de Justiça de São Paulo na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2139611-36.2020.8.26.0000 e determinar outra seja proferida como de di-***

Acesso ao Sumário

reito com observância às decisões proferidas por este Supremo Tribunal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns 6.442, 6.447, 6.450 e 6.525 e no Recurso Extraordinário n. 1.311.742, Tema 1.137" (STF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, j. em 06.07.21 – g.n.).

Destarte, a improcedência do pedido era mesmo de rigor, pois a suspensão da contagem do tempo de serviço no período de 27.05.20 a 31.12.21 levada a efeito pela universidade está de acordo com a legislação em vigor e com a orientação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Nesse sentido, a jurisprudência desta C. 11ª Câmara e deste Tribunal:

"SERVIDOR MUNICIPAL – Auxiliar de serviços gerais – Itatinga – Decreto Municipal nº 2.821/20 – Cômputo do tempo de serviço para adicionais temporais e licença prêmio –Pandemia – Suspensão – Possibilidade: Legítima a suspensão do cômputo do tempo de serviço no período de 27.05.2020 a 31.12. 2021 para concessão de adicionais temporais." (Ap. nº 1001100-68.2021.8.26.0282, rel. Des. Teresa Ramos Marques, 10ª Câmara de Direito Público, j. 25.07.22);

"SERVIDOR MUNICIPAL – Município de Itatinga – Pretensão de contagem de tempo de serviço em relação ao período de 27.05.2020 a 31.12.2021 para fins de vantagens por tempo de serviço – Descabimento – Lei Complementar nº 173/20 que determinou a suspensão da contagem do período de 27.5.20 a 31.12.21 como aquisitivo para fins de concessão de licença-prêmio e adicionais temporais – Decreto Municipal nº 2.821, de 30 de junho de 2020, editado quanto aos servidores municipais de Itatinga, que traz a mesma suspensão prevista pela Lei Complementar nº 173/20 – Reconhecimento da constitucionalidade do art. 8º da Lei 173/2020 pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 6442, 6447, 6450 e 6525 e no RE 1.311.742/SP (Tema nº 1137) – Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO" (Ap. nº 1001101-53.2021.8.26.0282, rel. Des. Maria Fernanda de Toledo Rodovalho, 2ª Câmara de Direito Público, j. 20.07.22)

"APELAÇÃO. PROCEDIMENTO COMUM. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE GUARUJÁ. DECRETO MUNIPAL N. 13.809/2020. Pretensão dos autores de que lhes seja assegurado o cômputo do tempo de serviço para todos os fins, afastando-se os efeitos do Decreto Municipal n° 13.809/2020, editado com base na LC federal nº 173/2020. Improcedência adequadamente declarada na origem. Matéria pacificada no âmbito do e. STF e desta Corte. Recurso Extraordinário nº 1.311.742, com repercussão geral reconhecida (Tema 1137), que fixou a seguinte tese: "É constitucional o artigo 8º da Lei Complementar 173/2020, editado no âmbito do Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19)". Efeito vinculante. Esgrimado decreto municipal nada mais fez senão executar, em âmbito local, política fiscal determinada em âmbito nacional por legislação de constitucionalidade pontificada pela Suprema Corte, não se tratando, portanto, de caso de decreto autônomo. Impossibilidade de contagem de tempo para fins de recebimento de

Acesso ao Sumário

adicionais temporais, promoções e demais vantagens no período. Precedentes deste Tribunal. Honorários advocatícios arbitrados pelo MM juiz a quo que, para mais, não comportam revisão. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO" (Apelação nº 1009334-22.2021.8.26.0223, Rel. Des. Márcio Kammer de Lima, 11ª Câmara de Direito Público, j. 09.08.22)

Assim sendo, embora razão assista à apelante no que diz respeito à existência de contradição na r. sentença, o mesmo não ocorre em relação à tese de fundo, sendo de rigor a manutenção do decreto de improcedência, pelos fundamentos aqui expostos.

Por fim, diante da atuação da patrona da apelada em grau recursal, majoram-se os honorários advocatícios fixados na r. sentença para R$ 6.000,00, conforme preconiza o art. 85, § 11, do CPC.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, nos termos supra especificados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1017423-08.2022.8.26.0576, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante RAGUIFE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE RAÇÕES LTDA., é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Micaele Imamura Shibuya, OAB/446224", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.173)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e AFONSO FARO JR.

São Paulo, 24 de outubro de 2023.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Ordinária – Pretensão ao reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto Estadual n.º 64.213/2019, por violação à anterioridade geral e nonagesimal, com a repetição do indébito decorrente de estornos de créditos de ICMS oriundos de operações internas com insumos agropecuários – Sentença que, embora tenha reconhecido a impossibilidade de incidência dos efeitos do Decreto Estadual nº 64.213/19 no exercício de 2019, julgou improcedente ação, por ausência de prova dos alegados estornos – Hipótese em que, respeitado o convencimento do MM Juiz Sen-

tenciante, está devida e suficientemente comprovados os estornos, com a juntada de cópias do Livro de Registros de Apuração do ICMS – Decreto Estadual nº 64.213/2019 que revogou a isenção fiscal prevista no art. 41, Anexo I, do RICMS/SP – Revogação de benefício fiscal que implicou aumento imediato e indireto da carga tributária para o contribuinte, razão pela qual deve ser observado o princípio da anterioridade geral e nonagesimal, previsto no art. 150, III, alíneas "b" e "c" da CF e as regras previstas no art. 104 e 178 do CTN – Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste E. Tribunal de Justiça – Possibilidade de escrituração extemporânea e aproveitamento do crédito – Consectários legais que não incidem sobre o crédito escritural, caracterizado como técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade – Art. 38 da Lei nº 6.374/89 que dispõe expressamente que a escrituração será feita pelo valor nominal – Honorários advocatícios que deverão ser fixados no momento da liquidação do julgado – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de Ação de Repetição de Indébito movida por RAGUIFE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE RAÇÕES LTDA. contra o ESTADO DE SÃO PAULO, relatando em síntese ser pessoa jurídica cuja atividade empresarial precípua é a fabricação de alimentos para animais. Afirma que no exercício de suas atividades, vende diversos produtos agrícolas isentos de ICMS, de maneira que sempre se apropriou de créditos de ICMS resultantes das operações anteriores à venda de insumos agrícolas, com fundamento no § 3º do art. 41 do Anexo I do RICMS (Decreto nº 45.490/00).

No entanto, em 30.04.2019, foi editado o Decreto nº 64.213/19, que revogou o § 3º do art. 41 do Anexo do RICMS, passando a viger, a partir de 01.05.2019, determinação no sentido de que os contribuintes deveriam estornar os créditos decorrentes das operações anteriores à venda de insumos agrícolas, resultando em aumento indireto da carga tributária de ICMS, com violação aos princípios da anterioridade anual e nonagesimal.

Pede a procedência da ação, "*para se reconhecer a inconstitucionalidade do Decreto 64.213/19, por ofensa à anterioridade tributária geral e nonagesimal, a fim de condenar a parte contraria à repetição do indébito de R$ 698.581,48 (seiscentos e noventa e oito mil quinhentos e oitenta e um reais e*

Acesso ao Sumário

quarenta e oito centavos) na forma dos artigos 165 e 166 do Código Tributário Nacional" (fls. 12).

A r. sentença de fls. 161/164 julgou improcedente a ação, ao fundamento de que "*a autora não demonstrou a realização de operação contábil que ocasionasse recolhimento a maior de ICMS e, por consequência, o enriquecimento sem causa do ente estadual*.". Em razão da sucumbência, condenou a autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Irresignada, a autora interpôs recurso de Apelação a fls. 186/203, alegando que, em suma, que: a) os fundamentos do decreto de improcedência não prosperam, pois "*conforme consta em fls. 26/51, a apelante apresentou junto à inicial, cópia do Livro de Registros de Apuração do ICMS de maio de 2019 a dezembro de 2019, documentos nos quais constam os valores estornados a título de crédito de ICMS especificadamente em razão do Decreto nº 64.213/2019, (...)*" (fl. 192); b) o Livro de Registro de Apuração de ICMS, previsto no art. 223 do RICMS, "*consubstancia-se no único documento oficial hábil a demonstrar a apuração do ICMS de determinado contribuinte, contendo as operações realizadas e os créditos apurados, assim como os estornos*." (fls. 195); c) a sentença, apesar de afirmar que a autora deixou de provar os estornos, não chegou a mencionar os aludidos documentos juntados pela autora, bem assim o motivo para desconsiderá-los, permitindo assim supor que tais provas sequer foram consideradas por ocasião da decisão; d) não prospera, ainda, a afirmação de que a apelante não teria demonstrado a realização de operações contábeis que ocasionassem recolhimento a maior do ICMS, pois, como esclarecido, as operações a que se refere são isentas de ICMS, não havendo, assim, nenhum recolhimento a maior ou a menor do tributo em razão do advento do Decreto nº 24.613/2019, mas, sim, um aumento imediato e indireto do tributo, decorrente da vedação ao aproveitamento de créditos a que tem direito.

Por essas razões, pede o acolhimento do recurso para declarar a nulidade da sentença e, com fundamento no art. 1.013, § 3º, do CPC, julgar procedente a ação, "*para reconhecer o direito da apelante a escriturar ou restituir os créditos estornados de ICMS decorrentes da venda de produtos agrícolas isentos, entre maio e dezembro de 2019, em razão da ilegalidade da incidência do Decreto nº 64.213/2019 no exercício de 2019, já reconhecida pelo juízo a quo*" (fl. 202). Subsidiariamente, pede a declaração da nulidade da sentença, por cerceamento de defesa em razão de não terem sido analisadas as provas dos autos, com o retorno dos autos à origem para novo pronunciamento.

Contrarrazões a fls. 210/275.

É o relatório.

A preliminar arguida se confunde com o mérito e com ele será analisada.

Busca a autora, empresa contribuinte de ICMS, a restituição de créditos

Acesso ao Sumário

de ICMS, decorrentes de operações internas realizadas com insumos agropecuários, beneficiadas por isenção prevista no art. 41 do Anexo I do RIMCS, que foram estornados entre os meses de maio e dezembro de 2019, em razão do Decreto Estadual nº 64.213/19 – o qual revogou o § 3º do artigo 41 do Anexo I do RICMS, que expressamente eximia o contribuinte do estorno do crédito do ICMS relativo às mercadorias beneficiadas com aquela isenção, e, assim, permitia a apropriação de tais créditos.

Fundamenta seu pedido na alegação de violação das anterioridades anual e nonagesimal, uma vez que a medida levada a efeito pelo Decreto Estadual nº 64.213/19 culminou com um aumento direto do tributo, imediatamente a partir da entrada em vigor daquele diploma, em 1.05.2019.

A r. sentença combatida, não obstante tenha reconhecido e acolhido os argumentos da autora, rejeitou o pedido de repetição do indébito, por entender ausente a comprovação dos alegados estornos.

Respeitado o convencimento do MM Juiz Sentenciante, há prova bastante nos autos a amparar o pleito inicial.

Como bem apontado pela autora, foram juntados aos autos cópias do Livro de Registro de Apuração do ICMS, dos quais constam os valores estornados, entre maio e dezembro de 2019, a título de crédito de ICMS, em razão do advento do Decreto Estadual nº 64.213/2019.

Assim, extrai-se do Livro de Registro de Apuração do ICMS, especificamente a **fls. 29, 32, 35, 38, 41, 45, 48 e 51**, que foram estornados, no período apontado, os valores a título de crédito de ICMS, por força do Decreto Estadual nº 64.213/19.

Portanto, devida e suficientemente demonstrados os valores estornados, notadamente porque as cópias do Livro de Registro de Apuração do ICMS sequer foram objeto de impugnação específica pela Fazenda Estadual.

Caso é, portanto, de afastar o óbice anteposto pelo D. Juízo *a quo* ao acolhimento do pleito e, prosseguindo na análise de mérito, julgar procedente o pedido.

O Decreto Estadual nº 64.213/19, que introduziu alteração no RICMS/SP, prevê que:

"Artigo 1º - Fica revogado o §3º do artigo 41 do Anexo I do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação RICMS, aprovado pelo Decreto 45.490, de 30 de novembro de 2000.

Artigo 2º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de maio de 2019."

Por sua vez, o §3º do artigo 41 do Anexo I (Isenções) do RICMS/SP estabelecia que:

"Artigo 41 (INSUMOS AGROPECUÁRIOS) Operações internas realizadas com os insumos agropecuários a seguir indicados (Convênio ICMS-100/97, cláusulas primeira, com alteração dos Convênios ICMS-97/99 e ICMS-8/00, segunda, terceira, quinta e sétima, e Convênio ICMS-5/99, cláusula primeira, IV, 29):

(...)

§ 3º. Não se exigirá o estorno do crédito do imposto relativo às mercadorias beneficiadas com esta isenção."

Dessa forma, verifica-se que, a partir da entrada em vigor do Decreto Estadual nº 64.213/19, a autora ficou obrigada a estornar o crédito do imposto relativo às mercadorias beneficiadas com a isenção prevista no art. 41, do Anexo I, do RICMS/SP.

É dizer, antes da entrada em vigor do Decreto em comento era permitida a apropriação do crédito de ICMS diante da isenção do imposto sobre as operações internas realizadas com insumos agropecuários. Com a entrada em vigor do referido Decreto, tal apropriação foi vedada, sendo obrigatório o estorno do tributo, de modo que houve um aumento imediato e indireto da carga tributária para o contribuinte, em afronta ao princípio da anterioridade anual e nonagesimal previstos no art. 150, inciso III, alíneas "b" e "c" da Constituição Federal:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;"

De se destacar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que "***não apenas a majoração direta de tributos atrai a eficácia da anterioridade nonagesimal, mas também a majoração indireta decorrente da revogação de benefícios fiscais***" (RE 1.053.254/RS, j. 26/10/2018).

E ainda:

"IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – DECRETOS Nº 39.596 E Nº 39.697, DE 1999, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE – DEVER DE OBSERVÂNCIA – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS por meio da revogação de benefício fiscal, surge o dever de observância ao princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas "b" e "c" do inciso

Acesso ao Sumário

III do artigo 150, da Carta. Precedente Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325/DF, de minha relatoria, julgada em 23 de setembro de 2004. MULTA – AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Surgindo do exame do agravo o caráter manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil." (RE 564225 AgR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 17-11-2014 PUBLIC 18-11-2014).

Desse E. Tribunal, no mesmo sentido, colaciona-se:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança – Decisão interlocutória que indeferiu o pedido liminar – Irresignação – Pedido de não sujeição aos efeitos do Decreto Estadual nº 64.213/19 – Alteração no RICMS que passou a exigir dos contribuintes o estorno do crédito de ICMS relativo aos insumos agropecuários beneficiados com a anterior isenção do tributo – Aumento imediato, e indireto, da carga tributária para o contribuinte – Violação aos princípios da anterioridade anual e nonagesimal (artigo 150, inciso III, alíneas "b" e "c", CRFB) – Entendimento jurisprudencial (STF RE 1.053.254/RS) e doutrinário – Reforma da decisão – Provimento do recurso."

(TJSP; Agravo de Instrumento 2115412-81.2019.8.26.0000; Relator: Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Presidente Prudente - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/07/2019; Data de Registro: 01/08/2019)

Caso é, portanto, de acolhimento do recurso para afastar a incidência do Decreto Estadual nº 64.231/19 durante o ano de 2019, bem assim para declarar o direito da parte autora de escriturar os créditos de ICMS incidentes sobre as aquisições de insumos agrícolas realizadas no período de maio a dezembro de 2019.

Por não tratar este caso específico propriamente de indébito tributário, respeitado entendimento contrário, incompatível a imediata aplicação de consectários legais, os quais não se mostram compatíveis com a natureza do eventual crédito a ser aproveitado. Isto porque, os consectários legais incidem sobre o débito tributário devidamente constituído ou quando recolhido em atraso, o que não corresponde ao crédito escritural, caracterizado como técnica de contabilização para a equação entre débitos e créditos, a fim de fazer valer o princípio da não-cumulatividade, não sendo de mais acrescer que o art. 38, § 2º, da Lei nº 6.374/89 dispõe expressamente que a escrituração será feita pelo valor nominal.

Em razão da sucumbência, arcara a Fazenda do Estado com o pagamento de custas e despesas processuais, em reembolso, além de honorários advocatícios cujo percentual, incidente sobre o valor da condenação ou proveito econô-

Acesso ao Sumário

mico obtido, será fixado em liquidação do julgado, nos termos do art. 85, § 4º, II, do CPC.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, nos termos acima.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser apresentada no momento da interposição de referidos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006505-80.2021.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado INDÚSTRIAS REUNIDAS DE BEBIDAS TATUZINHO 3 FAZENDAS LTDA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a sustentação oral do Dr. Matteus de Oliveira Borelli, deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.681)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 16 de outubro de 2023.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação Anulatória de Débito Fiscal – Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) – Autuação em razão da emissão de documentos fiscais consignando declaração falsa quanto ao estabelecimento de destino das mercadorias (item 1), falta de pagamento do imposto, na qualidade de substituto tributário, em operações internas, em saídas de mercadorias com notas fiscais tidas como inidôneas (item 2) e recebimento de mercadorias acompanhadas de documentação fiscal inidônea (item 3) – Compete à autora a demonstração da regularidade das transações e a sua boa-fé – Súmula 509 do C. Superior Tribunal de Justiça – Autora que não demonstrou, de forma suficiente, a ocorrência das operações da forma como declarada – Operação Laranja Lima que constatou a simulação envolvendo

Acesso ao Sumário

transações triangulares realizadas com o objetivo de simular a remessa direta entre empresas localizadas em Estados distintos, com a ausência do recolhimento do ICMS-ST e ICMS devido em operações internas – Existência de responsabilidade solidária entre o sujeito passivo e o substituído, diante da constatação da simulação – MULTA PUNITIVA – Multa em valor superior a 100% do tributo devido que deve ser reduzida, ante seu caráter confiscatório – Precedentes do C. Supremo Tribunal Federal – JUROS DE MORA – Juros moratórios que devem ser limitados à Taxa SELIC – Sentença reformada – Recurso da Fazenda Estadual provido para manter a Autuação Fiscal, no entanto, com adequação da multa punitiva e juros moratórios.

VOTO

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal, com pedido de tutela provisória, ajuizada por INDÚSTRIAS REUNIDAS DE BEBIDAS TATUZINHO - 3 FAZENDAS LTDA. contra a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO alegando que foi autuada em razão da desconsideração das operações comerciais realizadas entre janeiro de 2012 e janeiro de 2013 com a empresa COMERCIAL ELETRO ROCHA, a qual foi posteriormente declarada inidônea pelo Fisco do Estado do Rio de Janeiro. Em linhas gerais, a autuação exige o Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços ('ICMS') relativo à diferença entre o imposto devido em operações internas e o imposto interestadual, destacado nas Notas Fiscais emitidas, por considerar que as operações de saída foram desacompanhadas de documentação fiscal hábil e idônea.

Sustenta que todas as operações questionadas foram realizadas antes da declaração de inidoneidade, tendo sido apresentados os documentos comprobatórios de que as operações efetivamente ocorreram, bem como que inexiste a responsabilidade solidária no caso concreto por não haver interesse jurídico comum. Pede que seja anulado o crédito tributário oriundo do Auto de Infração e Imposição de Multa ('AIIM') nº 4.089.092-2 e, subsidiariamente, a limitação dos juros moratórios à Taxa SELIC e a redução da multa aplicada, por ser confiscatória.

A tutela provisória foi deferida às fls. 214/219 para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário constante do AIIM nº 4.089.092-2, nos termos do artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional, tendo sido tal decisão reformada por esta C. 5ª Câmara de Direito Público, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2196769-15.2021.8.26.0000 (fls. 644/652).

Acesso ao Sumário

A r. sentença de fls. 3053/3069, cujo relatório é adotado, julgou procedente o pedido para o fim de anular o AIIM nº 4.089.092-2, com todos seus consectários, com o entendimento de que as operações ocorreram em momento anterior à declaração de inidoneidade da fornecedora, sendo que a sua efetiva ocorrência restou comprovada pelo laudo pericial produzido nos autos.

Diante da sucumbência, condenou a Fazenda do Estado ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil.

A Fazenda do Estado interpôs apelação às fls. 3073/3124 afirmando a higidez do Auto de Infração, o qual decorreu da 'Operação Laranja Lima' que apurou que a empresa COMERCIAL ELETRO ROCHA teria sido usada para ocultar os reais compradores das mercadorias a fim de obtenção de vantagem mediante o não pagamento do ICMS-ST e a simulação de saídas interestaduais. Ressalta que no Processo Administrativo Criminal nº 18/2011, foram colhidos depoimentos de envolvidos nas operações, os quais demonstram a ocorrência de sonegação fiscal e que, nesse cenário, há a responsabilidade pessoal do agente conforme artigo 137 do Código Tributário Nacional. Aduz que a perícia realizada é inconsistente e não foram prestados os esclarecimentos necessários a respeito da existência efetiva das operações, bem como a violação ao dever de fundamentação do magistrado de primeiro grau. Sustenta, ainda, que não foi suficientemente comprovada a veracidade das operações mercantis e a regularidade do procedimento fiscal que culminou com a autuação. Afirma, por fim, a validade da multa exigida.

Contrarrazões às fls. 3133/3150.

Recurso regular e tempestivo (fl. 3202).

É o relatório.

Trata-se de ação anulatória do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.089.092-2, lavrado em razão da emissão de documentos fiscais consignando declaração falsa do destinatário das mercadorias localizado em outro Estado da federação, no período de 02/01/2012 a 22/01/2013, o que acarretou a ausência do pagamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) relativo às operações internas, sujeitas ao regime da substituição tributária (ICMS-ST).

Além disso, teria recebido, no mesmo período, mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal necessária, tudo em razão da declaração de idoneidade da empresa destinatária das mercadorias, a Comercial Eletro Rocha e Distribuidora Ltda. pelo Fisco do Estado do Rio de Janeiro. A autuação possui o valor total de R$ 18.947.771,00 (fls. 40/60).

A Súmula n° 509 do C. Superior Tribunal de Justiça prevê que "*é lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de not*a

Acesso ao Sumário

fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda."

Anteriormente à edição de referida Súmula, o C. Superior Tribunal de Justiça já havia decidido no sentido de que quando demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada e a boa-fé do contribuinte não pode ele ser penalizado pela declaração de inidoneidade posterior do estabelecimento comercial com quem comercializou:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. 1. 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 (Precedentes das Turmas de Direito Público: EDcl nos EDcl no REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 10.04.2008; REsp 737.135/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 23.08.2007; REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07.08.2007, DJ 10.09.2007; REsp 246.134/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.03.2006; REsp 556.850/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.04.2005, DJ 23.05.2005; REsp 176.270/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.03.2001, DJ 04.06.2001; REsp 112.313/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16.11.1999, DJ 17.12.1999; REsp 196.581/MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 04.03.1999, DJ 03.05.1999; e REsp 89.706/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 24.03.1998, DJ 06.04.1998). 2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual "salvo disposição de lei em contrário a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato" (norma aplicável, in casu, ao alienante). 3. In casu, o Tribunal de origem con-

***signou que: "(...) os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontroversa, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes." 4. A boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), uma vez caracterizada, legitima o aproveitamento dos créditos de ICMS. 5. O óbice da Súmula 7/STJ não incide à espécie, uma vez que a insurgência especial fazendária reside na tese de que o reconhecimento, na seara administrativa, da inidoneidade das notas fiscais opera efeitos ex tunc, o que afastaria a boa-fé do terceiro adquirente, máxime tendo em vista o teor do artigo 136, do CTN. 6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."* **(REsp 1148444/MG, Primeira Seção, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 14/04/2010 – não destacado no original).**

Assim, a efetiva ocorrência da operação e a boa-fé do vendedor e comprador afastam a infração relativa às aquisições de mercadorias cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas.

No caso dos autos, é incontroverso que as operações questionadas ocorreram em momento anterior à declaração de idoneidade da empresa vendedora. Isso porque, as operações autuadas foram realizadas entre janeiro de 2012 a janeiro de 2013, e a idoneidade da empresa Comercial Eletro Rocha e Distribuidora Ltda. foi declarada em 23/09/2013 pelo Fisco do Estado do Rio de Janeiro, com efeitos desde 03/05/2010 (fl. 362).

É certo que a declaração de inidoneidade dos documentos fiscais feita pelo Fisco transfere ao contribuinte a obrigação de demonstrar a regularidade das transações e que agiu de boa fé. Caso demonstrado que as transações efetivamente ocorreram e que o contribuinte agiu de boa-fé, ele não deve ser penalizado.

Essa comprovação é feita principalmente pela demonstração da regularidade dos lançamentos contábeis e pelo efetivo pagamento pela aquisição das mercadorias.

No caso dos autos, a autora, ora denominada **Tatuzinho**, juntou ao processo administrativo a) os DANFEs (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica) assinados pelo suposto transportador; b) cópias dos CRLV (Certificado de registro e licenciamento) dos veículos que teriam sido utilizados para o trans-

Acesso ao Sumário

porte das mercadorias; c) cópias dos documentos de identidade dos motoristas indicados nos documentos fiscais; d) cópias de pedidos (imagens extraídas de seu sistema gerencial); e) cópias de alterações contratuais, da consulta ao Sintegra e do comprovante de inscrição no CNPJ da Comercial Eletro Rocha; e f) cópias de boletos bancários, imagens de relatórios de movimentação bancária onde consta a liquidação dos pagamentos e lançamentos contábeis.

No mais, informou que as operações ocorreram na modalidade *Free on Boad* (FOB), de modo que não teria qualquer responsabilidade pela conferência e acompanhamento do transporte e entrega das mercadorias.

A respeito dos documentos de transporte apresentados, o Il. Perito afirmou que as quantidades da mercadoria transacionada (volume e peso) descritas nas Notas Fiscais são compatíveis com os veículos utilizados para transporte (fl. 856).

Com relação à saída das mercadorias do estabelecimento da autora, os documentos analisados pelo Perito permitiram a conclusão de que "*fiscalmente e contabilmente as mercadorias foram baixadas do estoque da Requerente (movimentadas) na exata data das notas fiscais, portanto, a partir destas informações, é possível inferir que houve a saída das mercadorias do estabelecimento da Requerente*" (fl. 877).

No entanto, o Perito afirma que "*não tem elementos suficientes para confirmar ou atestar de forma absoluta e definitiva que houve a saída das mercadorias no estabelecimento autuado na exata data das notas fiscais, tendo em vista, que o Perito não teve acesso a documentos extrafiscais que lhe permita fazer essa análise e afirmação, tais como, registro de portaria, controle de desembarque, romaneio de carga ou transporte e comprovante de fretes pagos*" (fl. 877).

Ainda com relação ao transporte, a respeito da destinação das mercadorias, consta que "*esse Expert reafirma que não possui elementos suficientes para comprovar o efetivo destino destas mercadoria, conforme já devidamente detalhado no quesito anterior, tendo em vista, que o frete fora contratado na modalidade FOB, onde o remetente da mercadoria (Requerente) não dispõe e não tem a obrigatoriedade de manter os referidos comprovantes do transporte sob sua guarda, o que obsta, a perícia de se manifestar de forma absoluta e definitiva sobre este ponto*" (fl. 856).

Com relação ao transporte das mercadorias, esta Magistrada tem o entendimento de que a apresentação das DANFEs e documentos referentes aos veículos e motoristas transportadores, bem como a compatibilidade dos veículos utilizados com a mercadoria comercializada, são suficientes para comprovar o efetivo transporte das mercadorias.

No entanto, o caso concreto envolve o transporte de mercadorias para outro Estado da federação, o que demanda uma análise mais cautelosa dos demais documentos e provas juntadas, pois o destino das mercadorias, nesse caso, ga-

Acesso ao Sumário

nha especial relevância diante da diferença de alíquotas internas e interestaduais do ICMS.

Assim, embora os documentos contábeis e relativos aos transportes das mercadorias indiquem que houve a saída do estabelecimento da autora, as informações trazidas pelo próprio Perito Judicial indicam que não é possível confirmar se os bens efetivamente cruzaram a fronteira entre os Estados e tiveram como destinatário estabelecimento no Estado do Rio de Janeiro.

Por outras palavras, os documentos demonstram apenas que provavelmente houve o transporte dos bens, mas não são suficientes para comprovar que efetivamente tiveram como destino o estabelecimento da Comercial Eletro Rocha, sendo possível que tenham tido como destino pessoa jurídica no próprio território paulista.

No que se refere ao pagamento pelas comercializações, embora o Il. Perito certifique que "*o valor recebido pela Requerente e do crédito efetuado na sua conta corrente no montante de R$ 9.119.034,44 está em consonância com a Receita de venda declarada às autoridades fiscais, por meio de suas obrigações acessórias (ECD e EFD), bem como com o volume de mercadorias vendidas à empresa COMERCIAL ELETRO ROCHA E DISTRIBUIDORA" (fl. 880), afirma, ao mesmo tempo, que "a perícia não tem elementos suficientes para validar o meio de pagamento utilizado pelo pagador, sendo certo, que os comprovantes confirmam o adimplemento do boleto/título, no entanto, os documentos comprobatórios apresentados não são capazes de identificar por si só a origem e o sistema empregado pelo pagador, visto que os recursos creditados na conta corrente da Requerente pode ter sido provenientes de pagamento em espécie (dinheiro) ou mesmo com cheques nominais, ou eventualmente por terceiro interessado através de sistema de pagamento eletrônico e transferência bancária*" (fl. 878).

Como se verá adiante, no âmbito da Operação Laranja Lima, na qual foi apurada fraude com a intenção de sonegação fiscal, o esquema envolvia a simulação de operações interestaduais, quando, na realidade, as operações de compra e venda eram realizadas internamente. Para tanto, um dos pilares era o esquema envolvia o pagamento das mercadorias pelos clientes às empresas fantasmas, criadas para viabilizar a simulação, e, subsequentemente, o repasse para os fornecedores (fls. 546/547).

Assim, o fato de haver consistência entre os pagamentos recebidos e efetuados com o valor das mercadorias transacionadas não é suficiente para atestar que houve efetivamente a remessa das mercadorias para outro Estado, mas tão somente que foram vendidas ou compradas, podendo ter como destinatário ou remetente pessoa localizada no próprio Estado de São Paulo.

Embora haja evidências que sugerem a ocorrência da operação, tais como registros fiscais e contábeis consistentes com a movimentação de estoque, o

recebimento do crédito na conta corrente da autora e os tipos de veículos indicados nas notas fiscais, deve ser levado em consideração que, além de não haver segurança a respeito da entrada das mercadorias no Estado do Rio de Janeiro e a entrega no endereço indicado, o contexto da operação infirma toda a documentação fiscal e contábil apresentada. Senão vejamos.

Os trabalhos investigativos iniciaram com a investigação do Sr. Lino Marques de Lima, que participou do quadro societário de diversas empresas e teve quatro CPFs distintos. O referido investigado era sócio da Comercial Eletro Rocha LTDA. e esteve envolvido em diversas operações fraudulentas, sendo, inclusive, réu em processos criminais. Com base nisso, o Fisco Paulista entendeu que a ora autuada (Tatuzinho) obteve vantagem fiscal com a remessa fraudulenta de produtos à empresa Comercial Eletro Rocha, situada em outro Estado, na medida em que as operações na verdade teriam como destinatários paulistas.

Isso faria com que a ora autora não realizasse o pagamento do ICMS-ST (substituição tributária), o que representaria uma redução da carga tributária de 6% (seis por cento) a 13% (treze por cento), já que as operações interestaduais tinham a incidência do ICMS à alíquota de 12% (doze por cento) e as operações internas da autora seriam tributadas com alíquotas de 18% (dezoito) ou 25% (vinte e cinco por cento) em razão dos produtos comercializados (como aguardente de cana, Vodka, conhaque, entre outros).

Para comprovar a simulação das operações, o Fisco Estadual aponta que a Comercial Eletro Rocha deixou o imóvel da Rua dos Andradas, 96, endereço indicado como destino nas notas fiscais emitidas pela Tatuzinho, um mês antes de vencer o contrato de locação em 01/05/2010, e, portanto, muito antes das operações terem ocorrido.

Quando da fiscalização do Fisco fluminense, em abril de 2013, o endereço da Rua dos Andradas, 96 funcionava como uma loja de eletrodomésticos usados.

A respeito do referido endereço, o Il. Perito afirmou que "*não há indicação de que o suposto cliente COMERCIAL ELETRO ROCHA E DISTRIBUIDORA LTDA., tenha exercido a atividade declarada e recebido naquele local qualquer mercadoria da Requerente", na medida em que há "declaração assinada pelo responsável do imóvel (inventariante) alugado para referida empresa, onde relata que 1 mês antes de encerrar o contrato de locação, em 01/05/2010, o estabelecimento foi abandonado, não tendo a proprietária do imóvel , depois desta data, mais nenhum contato ou informações sobre o paradeiro ou atividades comerciais exercidas pela empresa Comercial Eletro Rocha e Distribuidora*" (fl. 844).

Ademais, consta que o Il. Perito "*consultou em 08/03/2023 de forma independente o site do Google Street View, onde é possível analisar as imagens*

Acesso ao Sumário

originais capturadas pelo próprio serviço do Google, cujos registros (fotos) disponíveis para consulta, indicam que em março de 2015 e outubro de 2012, havia no referido endereço eletrodomésticos empilhados denotando que ali funcionou, eventualmente, um estabelecimento de prestação de serviços de manutenção desses aparelhos. As imagens analisadas são compatíveis com o do Relatório fiscal (Auto de Constatação – fls. 515/517) emitido pelo fisco fluminense" (fl. 846).

Não suficiente todos os indícios de que a Comercial Eletro Rocha jamais funcionou no endereço indicado, o local, de acordo com o Laudo Pericial, é uma rua "*estreita com estacionamento não permitido*" (fl. 847), incompatível com o trânsito de mercadorias, conforme imagens de fls. 848/849.

Em ato registrado na JUCERJA em 16/01/2012, a Comercial Eletro Rocha comunicou nova alteração de endereço ocorrida em setembro de 2011 para a Rua Silvio Ferraz, 75 no mesmo município. Ademais, no relatório do Fisco do Rio de Janeiro, houve a constatação de que no endereço da Rua Silvio Ferraz, 75 havia um galpão de 220m², que não possuía qualquer atividade de acordo com funcionária do local.

Portanto, as vendas realizadas pela ora autora teriam sido destinadas a endereço no qual sequer a destinatária estaria localizada.

Ademais, o Fisco Paulista informa diversas irregularidades contábeis da Comercial Eletro Rocha, tais como GIAs apresentadas sem movimentos e ausência da entrega do SINTEGRA.

Embora tal fato, por si só, não seja suficiente para afirmar que não houve qualquer operação, mas apenas que a empresa jamais cumpriu com suas obrigações acessórias, a ausência de cumprimento de obrigações acessórias relevantes para o controle e apuração dos tributos devidos nas operações, dificulta e impede o controle da regularidade dos contribuintes.

No caso, essa obstaculização à verificação fiscal ganha especial relevância levando em consideração os fatos apurados na Operação Laranja Lima, deflagrada pelos Ministérios Públicos, Secretarias de Estado de Fazenda e Polícias Civil e Militar de Minas Gerais e de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Na Operação Laranja Lima apurou-se que na região de Ribeirão Preto havia indícios da existência de fraude fiscal perpetra por organização que, mediante recebimento de comissões, em geral de 1,5% (um e meio por cento) sobre o valor do documento fiscal, proporcionava vantagens tributárias a terceiros com a práticas lesivas ao fisco, como por exemplo, a simulação de operações interestaduais.

Constatou-se que o sócio da Comercial Eletro Rocha, o Sr. Lino Marcos de Lima, seria o elo entre várias empresas atuantes no esquema fraudulento, seja como procurador, gerente, representante ou como sócio de diversas empresas fantasmas. Há notícia de que por ocasião de busca e apreensão realizada, foram

apreendidos documentos pela Polícia Civil que indicavam que a Comercial Eletro Rocha estava envolvida em tais esquemas de sonegação tributária.

Uma das colaboradoras de Lino Marcos de Lima, a Sra. Nivanilde Soares Ferreira, teria confirmado o envolvimento da ora autora, Tatuzinho, nos esquemas fraudulentos, conforme excerto de seu depoimento no Processo Administrativo Criminal nº 18/2011 (Operação Laranja Lima), acostado à fl. 378:

> ***"(...) que por um período foram suspensas a emissão de notas fiscais pela ELETRO MULTILOG, com exceção da empresa INDÚSTRIAS REUNIDAS TATUZINHO TRÊS FAZENDAS, segundo LINO, o faturamento para essa empresa era alto e não podia perder o cliente" (...) "que a empresa BORGES e ALVES é sediada no Estado do Rio de Janeiro e foi sucedida pela empresa ELETRO ROCHA, que fatura para a empresa TATUZINHO."***
>
> ***(...)***
>
> ***"especificamente em relação a empresa "Indústria de Bebidas Três Fazendas", de Rio Claro/SP, a declarante informa que mantinha contatos com dois funcionários, de nomes Fidalgo e Joelson, combinando com ambos a emissão de notas fiscais da indústria para a empresa ELETROMULTILOG (pertencente a Lino), no estado de Minas Gerais, sendo certo que em tais operações os reais destinatários estavam localizados no estado de São Paulo; que, ressalta a declarante, nas negociações mantidas com referida indústria já estava acordado que as mercadorias seriam entregues pela indústria aos clientes localizados no estado de São Paulo, sem transitar, portanto, pelo estado de Minas Gerais; que, nessas ocasiões, o trabalho da declarante era apenas receber as notas paulistas, emitindo para a indústria notas fiscais de simples remessa para retorno do vasilhame; que os pedidos de emissão de NFe de retorno de vasilhame eram formalizadas por e-mails, restando neles registrados, dentre outros, os nomes dos motoristas e os valores envolvidos, tudo definido pela indústria; que as mensagens eletrônicas eram originadas e recebidas pelo e-mail pessoal da declarante, cujo endereço eletrônico era vaniaevelyn@ig.com.br; que, segundo a declarante, não havia preocupação com a situação fiscal ou controle de estoque das empresas comandadas por Lino em Minas Gerais, funcionando o esquema com outras empresas interpostas mineiras, dentre as quais, MVS e MDS; que esquema parecido funcionava também com as empresas ELETROROCHA (Rio de Janeiro), VIX GOLD (Espírito Santo, Minas Gerais e Bahia), ELETROMULTILOG (São Paulo), enfatizando a declarante, porém, que nesses casos, especialmente porque localizadas em outros estados, não conhecia a fundo a sistemática das operações realizadas; que todas essas empresas, apesar de constituídas em***

nome de terceiros, eram comandas por Lino; que os pagamentos eram depositados pelos destinatários na conta das empresas intermediárias do esquema, e estas, por sua vez, transferiam para a conta da indústria a integralidade do valor recebido; que, esclarece a declarante, as transferências para a conta da indústria eram realizadas pela própria indústria que, no caso, tinha acesso exclusivo à conta, não mantendo as intermediárias qualquer controle sobre ela; que a declarante não sabe dizer como eram realizados os pagamentos das comissões devidas às empresas intermediárias, podendo apenas informar que, na maioria das vezes, tais eram pessoalmente recebidos por Lino por meio de cheque ou dinheiro vivo; que, nos negócios mantidos com os contribuintes mineiros, a função das empresas intermediárias era apenas acobertar a entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário, desconhecendo a declarante a origem desses produtos...".

Os depoimentos estão na íntegra às fls. 545/551 e confirmam não apenas o esquema fraudulento, como também o envolvimento da autora.

Não suficiente, os excertos de degravações acostados às fls. 380/385 demonstram que havia, ainda, um acerto sobre como burlar a fiscalização e dar às operações aspecto de legalidade, mediante a emissão das Notas e documentos de transportes.

Tudo indica que o esquema de fraude fiscal era elaborado, pois buscou também transvestir as transações com formalidades para não apenas confundir e driblar a fiscalização, mas também para ludibriar o Poder Judiciário a, seguindo a orientação firmada na Súmula n° 509 do C. Superior Tribunal de Justiça, reconhecer a veracidade das operações.

As provas obtidas na Operação Laranja Lima demonstram que houve o cuidado em conferir aparência de que as operações efetivamente teriam ocorrido, pois o esquema fraudulento comandado, entre outros, pelo Sr. Lino Marcos de Lima, envolvia não apenas a sonegação fiscal, mas também dar a roupagem de legalidade às transações, incluindo emissão de notas fiscais, documentos de transporte, pagamentos bancários, entre outros.

Acesso ao Sumário

É o caso, pois, de se reconhecer a regularidade do procedimento administrativo fiscal que ensejou a lavratura do Auto de Infração em questão, tendo em vista que, ao que indicam os elementos trazidos aos autos, não houve a demonstração de que o transporte interestadual das mercadorias teve como destinatário ou remetente a empresa Comercial Eletro Rocha, no Estado do Rio de Janeiro, ensejando a responsabilidade da autora pelo pagamento dos valores devidos a título de ICMS.

Em caso semelhante, também envolvendo a ora autora, esta 5ª Câmara de Direito Público se manifestou nesse mesmo sentido:

"APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. ICMS. ANULATÓRIA. AIIM lavrado à

constatação de operações comerciais realizadas pela autora com empresa considerada inidônea. Questão submetida à inteligência da Súmula nº 509 do STJ e do REsp 1148444/MG, julgado sob a sistemática de Recurso Repetitivo. Não demonstrada a efetiva realização das operações comerciais, questão determinante para o deslinde da causa. Provas insuficientes no caso concreto. Apurações do Fisco que apontam para a realização de operações interestaduais simuladas. Descaracterização da cláusula FOB (free on board). Convenções entre particulares não são oponíveis ao fisco, nos termos do art. 123 do Código Tributário Nacional. Multa punitiva. Multas que, na hipótese, revelam-se excessivas. Determinação de redução, à vista dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação ao confisco. Multa que deve incidir sobre o valor histórico devido. Inexigibilidade, entretanto, de limitação da multa a 20%. Impossibilidade de incidência de juros sobre a base de cálculo da multa. Aplicabilidade de juros sobre a multa a partir do segundo mês subsequente ao da lavratura do AIIM. Honorários. Inviabilidade da fixação de verba honorária pelo critério da equidade nos casos em que o valor do proveito econômico ou da condenação sejam elevados. Tese fixada no julgamento do REsp nº 1.850.512/SP (Tema 1076, do E. STJ). Sentença mantida. Recursos voluntários e remessa necessária não providos." (Apelação/Remessa Necessária 1006438-18.2021.8.26.0510; Relatora: Heloísa Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Rio Claro - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/12/2022; Data de Registro: 13/12/2022)

Este foi também o entendimento proferido por outras Câmaras deste E. Tribunal de Justiça em casos envolvendo a autora:

"AÇÃO ANULATÓRIA – ICMS – AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECEBIMENTO DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL HÁBIL – EMISSÃO POR EMPRESA CUJA SITUAÇÃO CADASTRAL FOI ENQUADRADA COMO NULA, POSTERIORMENTE ÀS OPERAÇÕES, POR SIMULAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO ESTABELECIMENTO – Sentença de procedência. PRELIMINAR – Não conhecimento recursal – Alegada ausência de impugnação específica – Inocorrência – Rejeição. MÉRITO – Recebimento de mercadorias acompanhadas de notas fiscais emitidas por empresa declarada inidônea posteriormente às operações – Necessidade de comprovação da boa-fé – Entendimento consolidado do C. STJ – Ausência de comprovação de que as mercadorias adquiridas provieram, efetivamente, da empresa apontada como vendedora, declarada inidônea por simulação do estabelecimento – Inexistência de prova segura do pagamento, do transporte das

Acesso ao Sumário

mercadorias e da implementação do relacionamento comercial – Não comprovação da boa-fé – Responsabilidade solidária pelo pagamento do ICMS – Subsistência da autuação – Multa que deve ser reduzida a 100% do valor do tributo – Inconstitucionalidade dos juros com base na Lei Estadual nº 13.918/09, porquanto superiores à taxa SELIC (Tema nº 1.062/STF) – Procedência parcial – Sucumbência recíproca, com redistribuição dos respectivos ônus – Sentença reformada. Apelo e reexame necessário parcialmente providos." (Apelação Cível 1006525-71.2021.8.26.0510; Relator: Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Rio Claro - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/09/2023; Data de Registro: 06/09/2023)

"Ação anulatória de débito fiscal. Rio Claro. Autuação por creditamento indevido de ICMS. Empresa fornecedora das mercadorias declarada inidônea após as operações. Inexistência e/ou simulação do quadro social do estabelecimento vendedor, cuja IE foi cancelada pelo Fisco do Estado do Espírito Santo. Falta de prova da veracidade dos negócios, ante as NFes exibidas. Inexistência de prova de boa-fé da adquirente. Inteligência do enunciado da Súmula n. 509, do STJ. Auto de infração mantido. Juros moratórios. Inaplicabilidade da LE n. 13.918/2009. Inconstitucionalidade parcial já reconhecida pelo Órgão Especial deste Tribunal. Precedentes do STJ e desta Corte. Limitação da taxa de juros à SELIC e multa a 100% do valor do tributo. Sentença reformada, para julgar a ação procedente em parte. Recurso parcialmente provido." (Apelação Cível 1008875-66.2020.8.26.0510; Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Rio Claro - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/11/2022; Data de Registro: 29/11/2022)

Assim, as provas constantes nos autos consignaram declaração falsa quanto ao estabelecimento de destino da mercadoria, fato que configura infração à legislação tributária tipificada no artigo 85, inciso IV, alínea "b", da Lei estadual nº 6.374/1989:

Artigo 85 - O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, fica sujeito às seguintes penalidades:

(...)

IV - infrações relativas a documentos fiscais e impressos fiscais:

(...)

b) emissão de documento fiscal que consigne declaração falsa quanto ao estabelecimento de origem ou de destino da mercadoria ou do

Acesso ao Sumário

serviço; emissão de documento fiscal que não corresponda a saída de mercadoria, a transmissão de propriedade da mercadoria, a entrada de mercadoria no estabelecimento ou, ainda, a prestação ou a recebimento de serviço - multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou prestação indicado no documento fiscal;

Como consequência, as Notas Fiscais contêm declaração falsa quanto ao real destinatário, de forma que são inábeis e, por consequência, as operações de saída são consideradas desacompanhadas de documento fiscal, conforme definição contida no artigo 184, inciso III e parágrafo único, do RICMS.

Artigo 184 - Considerar-se-á desacompanhada de documento fiscal a operação ou prestação acobertadas por documento inábil, assim entendido, para esse efeito, aquele que:

(...)

III - contiver declaração falsa, ou estiver adulterado ou preenchido de forma que não permita identificar os elementos da operação ou prestação;

(...)

Parágrafo único - O documento inábil fará prova apenas em favor do fisco.

Além disso, tendo havido operação de saídas de mercadorias do estabelecimento fabricante de bebidas alcoólicas Tatuzinho, ocorreu o fato gerador do imposto, nos termos do artigo 2º, inciso I, do RICMS, inclusive o devido pelo regime jurídico-tributário de sujeição passiva por substituição tributária (ICMS -ST) com retenção antecipada do imposto, previsto no artigo 313-C, inciso I, do RICMS.

Com base no § 4º do artigo 36 do RICMS, em operações supostamente interestaduais que carecem de prova de que a mercadoria se destinou ao estabelecimento indicado na documentação fiscal emitida, prevalece a presunção de que a sua comercialização ocorreu internamente:

Artigo 36 - O local da operação ou da prestação, para efeito de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

§ 4º - Presume-se interna a operação caso o contribuinte não comprove a saída da mercadoria do território paulista com destino a outro Estado ou a sua efetiva exportação.

Por consequência, para cálculo do ICMS devido às operações aplicam-se, conforme o caso, as alíquotas de 18% e de 25%, fixadas para as operações internas conforme artigo 52, inciso I, e artigo 55, inciso II, ambos do RICMS.

No mais, as Notas Fiscais supostamente emitidas pela Comercial Eletro Rocha referente a mercadorias destinadas à autora a título de simples remessa de caixas plásticas, garrafas de vidro vazias e palets, também são documentos

Acesso ao Sumário

inidôneos, nos termos dos itens 3 e 4 do § 1º do artigo 59 do RICMS:

> ***Artigo 59 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação ou prestação com o anteriormente cobrado por este ou outro Estado, relativamente à mercadoria entrada ou à prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco.***
>
> ***§ 1º - Para efeito deste artigo, considera-se:***
>
> ***(...)***
>
> ***3 - documento fiscal hábil, o que atenda a todas as exigências da legislação pertinente, seja emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco e esteja acompanhado, quando exigido, de comprovante do recolhimento do imposto;***
>
> ***4 - situação regular perante o fisco, a do contribuinte que, à data da operação ou prestação, esteja inscrito na repartição fiscal competente, se encontre em atividade no local indicado e possibilite a comprovação da autenticidade dos demais dados cadastrais apontados ao fisco.***

E, como tal, as operações devem ser consideradas como desacompanhadas da documentação fiscal, nos termos do já mencionado artigo 184, inciso III e parágrafo único, do RICMS, de forma que a autora cometeu a infração tipificada no artigo 85, inciso III, alínea "a", da Lei nº 6.374/89:

> ***Artigo 85 - O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, fica sujeito às seguintes penalidades:***
>
> ***(...)***
>
> ***III - infrações relativas a documentação fiscal na entrega, remessa, transporte, recebimento, estocagem ou depósito de mercadoria ou, ainda, quando couber, na prestação de serviço:***
>
> ***a) entrega, remessa, transporte, recebimento, estocagem ou depósito de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal - multa equivalente a 35% (trinta e cinco por cento) do valor da operação, aplicável ao contribuinte que tenha promovido a entrega, remessa ou recebimento, estocagem ou depósito da mercadoria; 15% (quinze por cento) do valor da operação, aplicável ao transportador; sendo o transportador o próprio remetente ou destinatário - multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor da operação;***

Importante consignar que não é possível cogitar a aplicação do benefício da isenção na operação, na medida em que o requisito do cumprimento da obrigação acessória de emissão de documento fiscal hábil na saída de mercadoria não foi satisfeito, nos termos dos artigos 5º e 6º do RICMS.

Acesso ao Sumário

A autora questiona, ainda, a responsabilidade solidária que lhe foi imputada tanto em razão da obrigação principal quanto da multa punitiva, alegando a inaplicabilidade da teoria do "interesse comum", pois para tanto seria necessário que as pessoas envolvidas estejam no mesmo polo da relação jurídica.

O artigo 124 do Código Tributário Nacional assim dispõe:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei. Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Conforme se depreende do dispositivo em comento, haverá solidariedade somente quando houver interesse comum no fato gerador da obrigação tributária.

Para a legislação estadual, haverá o mencionado interesse comum do "*adquirente da mercadoria ou o tomador do serviço, em operação ou prestação realizadas sem documentação fiscal*" (artigo 9º, inciso XI, da Lei Estadual 6.374/1989 e o artigo 11, inciso XI, do RICMS).

E, nos termos do artigo 184, *caput* e inciso I, do RICMS, é considerada como desacompanhada de documento fiscal a operação acobertada por documento inábil, assim entendido como aquele emitido por contribuinte que não esteja em situação regular perante o fisco.

Para os dispositivos em comento, portanto, são responsáveis solidários pelo pagamento do imposto as pessoas que tiverem interesse comum na situação que tiver dado origem à obrigação principal, presumindo-se o interesse do adquirente da mercadoria em operação realizada sem documentação fiscal hábil.

Entretanto, ao contrário do que prevê a legislação estadual, quanto ao 'interesse comum', o C. Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o disposto no artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional, manifestou o entendimento de que "o *"interesse comum" de que trata o preceito em destaque refere-se às pessoas que se encontram no mesmo polo do contribuinte em relação à situação jurídica ensejadora da exação, no caso, a venda da mercadoria, sendo certo que esse interesse não se confunde com a vontade oposta manifestada pelo adquirente, que não é a de vender, mas sim de comprar a coisa.*" (AREsp 1.198.146/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 18/12/2018).

Vale dizer, o interesse comum, para fins de responsabilidade solidária pelo tributo, não deve ser configurado pelo simples fato de a embargante ser adquirente das mercadorias, visto que não ocupava o mesmo polo da transação da vendedora.

Nesse sentido, há reiterados julgados deste E. Tribunal de Justiça:

"APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. SUBS-

Acesso ao Sumário

***TITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Auto de infração lavrado em razão de recebimento de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais. Empresa emitente cuja inscrição estadual foi posteriormente declarada nula. Demanda julgada improcedente na origem. Recurso do contribuinte. Cerceamento de defesa afastado. Fatos relevantes ao deslinde das questões de fato controvertidas que têm prova documental abojada nos autos. Incabível, contudo, o reconhecimento da solidariedade prevista no auto de infração guerreado. Tema 272 e Súmula nº 509 do e. STJ que não se aplicam à situação dos autos. Ausência de aproveitamento de créditos de ICMS. Cobrança de ICMS devido por substituição tributária diretamente contra o contribuinte substituído. Inadmissibilidade. Operações realizadas sob o regime de substituição tributária em que apenas a empresa declarada inidônea figurava como contribuinte. Impossibilidade de reconhecimento de presunção de interesse comum entre a apelante e a empresa emitente, que estão em polos opostos na relação jurídica. Inaplicabilidade do artigo 124, I, do Código Tributário Nacional e artigo 11, XI, § 1º, do RICMS. Precedentes deste e. TJSP e do c. STJ. Inaplicabilidade, do mesmo modo, do parágrafo 1º do artigo 11 do Regulamento do ICMS, haja vista o recebimento das mercadorias acompanhadas das notas fiscais encartadas aos autos. Reforma da r. sentença. RECURSO PROVIDO." (**Apelação Cível 1004581-12.2021.8.26.0291; Relator: Márcio Kammer de Lima; 11ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 11/10/2022)

***"APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. AIIM lavrado em razão de a apelada ter recebido mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais hábeis, já que a empresa emitente foi declarada inidônea posteriormente, e de ter remetido mercadorias beneficiadas a terceiros diversos do encomendante. Insurgência da Fazenda, que pretende a reforma integral da sentença. Súmula nº 509 do STJ que não se aplica à situação dos autos. Ausência de aproveitamento de créditos de ICMS. Operações realizadas sob o regime da substituição tributária para frente em que apenas a empresa declarada inidônea figurava como contribuinte. Responsabilidade tributária solidária afastada. Inexistência de interesse comum. Apelada que não participou do fato gerador do ICMS. Inaplicabilidade do artigo 124, I, do Código Tributário Nacional e artigo 11, XI, § 1º, do RICMS. Precedentes do E. STJ e deste Tribunal de Justiça. Inidoneidade que produz efeitos somente a partir da publicação, tendo sido declarada posteriormente à emissão das notas fiscais. Mercadorias transitadas pela empresa-apelada não são de sua propriedade, mas dos clientes que as enviam para realização de cortes. Infrações que não devem prevalecer. Anulação do

Acesso ao Sumário

AIIM era de rigor. Acolhimento, no entanto, da pretensão recursal visando a redução dos honorários. Cabimento da fixação dos honorários por equidade, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Aplicação do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, sobretudo diante do alto valor da causa. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça e do Colendo STJ. Sentença de procedência mantida, com retoque apenas para alterar a fixação dos honorários, estabelecendo-os por equidade. Recurso parcialmente provido." (Apelação Cível 1061067- 91.2017.8.26.0053; Relator: Jose Eduardo Marcondes Machado; 10ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 20/06/2022)

Apenas poderia ser imputada ao substituído tributário a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido pela empresa substituta tributária caso houvesse a demonstração específica da ocorrência de fraude, dolo ou simulação, nos termos do artigo 267 do RICMS.

No caso, como fartamente discorrido, houve a demonstração de fraude e simulação nas operações entre a autora e a Comercial Eletro Rocha. Isso porque, as partes simularam a ocorrência de operação interestadual para evitar o pagamento do ICMS devido em operações internas, que possuem alíquotas superiores no caso dos autos, o que caracteriza o interesse comum da autora no fato gerador.

Como consequência, além do pagamento do imposto devido, a autora deve ser responsabilizada em razão da saída e entrada de mercadorias sem a documentação fiscal hábil.

Dessa forma, a r. sentença recorrida deve ser integralmente reformada, a fim de prevalecer as sanções impostas no Auto de Infração.

Já no tocante à pretensão de limitação da multa punitiva aplicada ao valor do imposto devido, assiste parcial razão à autora.

É certo que o princípio constitucional da vedação ao confisco abrange não apenas o crédito principal, mas também as obrigações acessórias, tais como as multas.

Isto porque, embora o artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal determine que é vedado aos entes federativos "*utilizar tributo com efeito de confisco*", o artigo 133, *caput* e § 1º, do Código Tributário Nacional confere às multas o mesmo tratamento tributário conferido aos tributos, sendo ambos objeto da obrigação tributária, razão pela qual a vedação ao confisco é também aplicável às multas.

Este é o entendimento consolidado do C. Supremo Tribunal Federal, conforme julgamentos do AI-AgR 482.281, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE 833.106 AgR/GO, Relator Min. Marco Aurélio; RE 657.372 AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski; ARE 730.128, Relator Ministro Celso de Mello; AI 769.089, Relatora Ministra Rosa Weber.

Acesso ao Sumário

De forma resumida, as multas tributárias podem ser classificadas em três espécies, conforme definiu o Ministro Roberto Barroso, do E. Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 727.872/RS:

> ***"No direito tributário, existem basicamente três tipos de multas: as moratórias, as punitivas isoladas e as punitivas acompanhadas do lançamento de ofício. As multas moratórias são devidas em decorrência da impontualidade injustificada no adimplemento da obrigação tributária. As multas punitivas visam coibir o descumprimento às previsões da legislação tributária. Se o ilícito é relativo a um dever instrumental, sem que ocorra repercussão no montante do tributo devido, diz-se isolada a multa. No caso dos tributos sujeitos a homologação, a constatação de uma violação geralmente vem acompanhada da supressão de pelo menos uma parcela do tributo devido. Nesse caso, aplica-se a multa e promove-se o lançamento do valor devido de ofício. Esta é a multa mais comum, aplicada nos casos de sonegação."***

Com base nesta distinção, para se evitar o efeito confiscatório, o Supremo Tribunal Federal assentou que a multa *moratória* deverá ter como limite a proporção de 20% sobre o valor da obrigação principal (AI 727.872 AgR/RS, Relator Min. Roberto Barroso e RE 582.461, Relator Min. Gilmar Mendes).

Entretanto, quanto às multas *punitivas*, como ocorre *in casu*, o E. Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias aquelas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido:

> ***AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MULTA FISCAL. CARÁTER CONFISCATÓRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 150, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido. Precedentes. II – Agravo regimental a que se nega provimento.*** (ARE 802564 AgR/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/08/2014).
>
> ***AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGADA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I – Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido. II – A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida. III Agravo regimental improvido.*** (RE 748257 AgR/SE, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/08/2013).
>
> ***TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAOR-***

Acesso ao Sumário

DINÁRIO. ICMS. MULTA MORATÓRIA APLICADA NO PERCENTUAL DE 40%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO TRIBUNAL PLENO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, em diversas ocasiões, serem abusivas multas tributárias que ultrapassem o percentual de 100% (ADI 1075 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ de 24-11-2006; ADI 551, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, DJ de 14-02-2003). 2. Assim, não possui caráter confiscatório multa moratória aplicada com base na legislação pertinente no percentual de 40% da obrigação tributária. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 400927 AgR/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 04/06/2013).

O E. Supremo Tribunal Federal já admitiu inclusive que o Poder Judiciário diminua multas, por entender excessivas e desproporcionais. Sobre o tema, merece destaque trecho do voto do E. Ministro Roberto Barroso no AI 727872AgR/RS, julgado em 28.04.2015 pela Primeira Turma do C. Supremo Tribunal Federal, que expressamente admite a redução de multa tributária confiscatória, fixando novo percentual:

7. A jurisprudência desta Corte que proclama a possibilidade de se rever multas excessivas no âmbito do direito tributário, à luz da vedação aos efeitos confiscatórios, é antiga. Confiram-se, como exemplo, o RE 57.904, Rel. Min. Evandro Lins e Silva; RE 60.964 e RE 78.291, Rel. Min. Aliomar Baleeiro; RE 91.707, Rel. Min. Moreira Alves. Neste último precedente, o relator afirmou expressamente que o STF tem admitido a redução de multa moratória imposta com base em lei. 8. Após a análise da memória jurisprudencial sobre o tema em questão, chamou-me a atenção, em especial, o RE 82.510, Rel. Min. Leitão de Abreu, no qual foi admitida a redução da multa em razão de não haver comprovação de prejuízo para os cofres públicos e porque não ficara comprovado o dolo do contribuinte.

(...)

12. Com base nas considerações expostas, constato que o fato de o princípio do não confisco ter um conteúdo aberto permite que se proceda a uma dosimetria quanto a sua incidência em correlação com as diversas espécies de multa. As multas moratórias possuem como aspecto pedagógico o desestímulo ao atraso. As multas punitivas, por sua vez, revelam um caráter mais gravoso, mostrando- se como verdadeiras reprimendas. Não é razoável punir em igual medida o desestímulo e a reprimenda.

13. Aproveitando o conteúdo axiológico do postulado, é possível reconhecer a possibilidade da garantia revelar uma faceta mais ou menos

Acesso ao Sumário

gravosa conforme o caráter pedagógico da sanção. Em outras palavras: reconhecido que a vedação ao caráter confiscatório é uma cláusula aberta, pode ela ser aplicada de forma mais ou menos incisiva conforme a natureza da multa e, no âmbito do direito sancionador, deve ser tolerada a punição maior quando houver dolo. A doutrina especializada tem defendido esta ponderação:

(...)

19. Considerando as peculiaridades do sistema constitucional brasileiro e o delicado embate que se processa entre o poder de tributar e as garantias constitucionais, entendo que o caráter pedagógico da multa é fundamental para incutir no contribuinte o sentimento de que não vale a pena articular uma burla contra a Administração fazendária. E nesse particular, parece-me adequado que um bom parâmetro seja o valor devido a título de obrigação principal. Com base em tais razões, entendo pertinente adotar como limites os montantes de 20% para multa moratória e 100% para multas punitivas.

20. Diante do exposto, dou provimento ao agravo regimental para que seja reduzida a multa moratória de 30% para 20%. Fica mantida a condenação em custas e honorários fixadas na origem.

No caso concreto, foram aplicadas multas equivalentes a 3*5% (trinta e cinco por cento) do valor da operação* (artigo 85, inciso IV, alínea "b", da Lei nº 6.374/89), a 100% (cem por cento) do valor do imposto (artigo 85, inciso I, alínea "l", da Lei nº 6.374/89) e a 50% (cinquenta por cento) do valor da operação (artigo 85, inciso III, alínea "a", da Lei nº 6.374/89).

Assim, houve a aplicação de multas punitivas que resultam em um montante que supera o valor cobrado a título de débito tributário principal, as quais devem ser reduzidas.

Todavia, é certo que a penalidade deve corresponder a 100% do valor básico *atualizado* do tributo.

Isso porque, nos termos do artigo 85, § 9º, da Lei nº 6.374/89, "*as multas previstas neste artigo, excetuadas as expressas em UFESP, devem ser calculadas sobre os respectivos valores básicos atualizados observando-se o disposto no artigo 96 desta lei*".

Acesso ao Sumário

Assim, inexiste qualquer irregularidade na imposição de multa limitada a 100% (cem por cento) do valor básico *atualizado* do tributo devido pelo contribuinte. Aliás, o cálculo da multa sobre o valor histórico, independentemente do momento em que o tributo fosse pago, acabaria por estimular a prática de infrações – e até mesmo de atrasos forçados na fiscalização –, além de representar forma artificial de redução do valor da penalidade.

O entendimento deste E. Tribunal de Justiça também é no sentido de que as multas tributárias devem ser limitadas ao valor *atualizado* do tributo devido:

APELAÇÃO – REMESSA NECESSÁRIA – TRIBUTÁRIO – ICMS – AÇÃO ANULATÓRIA – Autuação fiscal de empresa por recebimento de mercadorias acompanhadas de notas fiscais emitidas por empresa posteriormente declarada inidônea – Anulação do AIIM – Impossibilidade – Ausência de provas da veracidade das operações e da boa-fé do contribuinte – Não comprovação do efetivo recebimento dos bens e pagamento ao fornecedor – Pretensão ao recálculo do débito fiscal em razão da cobrança de juros de mora previstos na Lei Estadual nº 13.918/2009 – Possibilidade – Lei declarada inconstitucional pelo C. Órgão Especial – Ilegalidade de juros de mora acima da taxa SELIC – Pretensão à anulação da multa punitiva aplicada – Alegado efeito confiscatório – Possibilidade – Multa punitiva que superou o valor do tributo devido – Redução ao patamar de 100% do valor atualizado da obrigação principal – Precedentes do C. STF – Sentença de parcial procedência parcialmente reformada – Apelação parcialmente provida e Remessa Necessária desprovida. (Apelação/Remessa Necessária 1003102-63.2018.8.26.0428; Relatora: Ana Liarte; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; j. 23/09/2022)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – ICMS – OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – MULTA PUNITIVA – ABUSIVIDADE – CARÁTER CONFISCATÓRIO – CARACTERIZAÇÃO – REDUÇÃO – ADMISSIBILIDADE – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VERBA DEVIDA – ARBITRAMENTO POR EQUIDADE. 1. A multa punitiva, quando fixada em percentual superior a 100% do valor atualizado do imposto devido, é ilegal e possui caráter confiscatório. Precedentes do Colendo STF. Limitação da penalidade a 100% do valor atualizado do imposto. Admissibilidade. Objeção de pré-executividade acolhida, em parte. 2. O acolhimento da objeção de pré-executividade, ainda que não cause a extinção da execução fiscal, gera o dever do exequente de pagar honorários advocatícios. Precedentes do STJ. Prosseguimento da execução fiscal. 3. Assim como é cabível o arbitramento por equidade nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º), pela mesma razão há de se adotar o arbitramento por equidade nas hipóteses em que o elevado valor da causa ou do proveito econômico obtido resultar em honorários incompatíveis com o trabalho desenvolvido no processo. Fixação tarifada incompatível com a natureza remuneratória da verba e com a razoabilidade que deve ser observada no comprometimento do dinheiro público. Aplicabilidade do art. 85, §§ 1º, 8º e 11, CPC. Redução dos honorários advocatícios. Admissibilidade. Recurso

Acesso ao Sumário

provido, em parte. (Agravo de Instrumento 3008082-37.2021.8.26.0000; Relator: Décio Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; j. 23/02/2022)

Dessa forma, a ação deve ser julgada apenas parcialmente procedente, a fim de liminar a multa punitiva aplicada a 100% (cem por cento) do valor atualizado do tributo devido pela autora.

Por fim, também assiste razão à autora no tocante à pretensão de afastar os juros de mora calculados nos termos da Lei nº 13.918/2009.

Consta do Auto de Infração que "*o débito fiscal fica sujeito a juros de mora nos termos do artigo 96 da Lei 6.374/89, na redação dada pela Lei 13.918/09, de 22/12/2009*" (fl. 42).

No entanto, o Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça declarou inconstitucional a interpretação e aplicação que estava sendo dada pelo Estado aos artigos 85 e 96 da Lei Estadual nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09, sem alterá-los gramaticalmente. Foi determinado que o alcance valorativo dos dispositivos fique adequado à Constituição Federal, ou seja, que a taxa de juros adotada (que na atualidade engloba a correção monetária), seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim:

"INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Arts. 85 e 96 da Lei Estadual n° 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09 – Nova sistemática de composição dos juros da mora para os tributos e multas estaduais (englobando a correção monetária) que estabeleceu taxa de 0,13% ao dia, podendo ser reduzida por ato do Secretário da Fazenda, resguardado o patamar mínimo da taxa SELIC – Juros moratórios e correção monetária dos créditos fiscais que são, desenganadamente, institutos de Direito Financeiro e/ou de Direito Tributário – Ambos os ramos do Direito que estão previstos em conjunto no art. 24, inciso I, da CF, em que se situa a competência concorrente da União, dos Estados e do DF – §§ 1º a 4º do referido preceito constitucional que trazem a disciplina normativa de correlação entre normas gerais e suplementares, pelos quais a União produz normas gerais sobre Direito Financeiro e Tributário, enquanto aos Estados e ao Distrito Federal compete suplementar, no âmbito do interesse local, aquelas normas – STF que, nessa linha, em oportunidades anteriores, firmou o entendimento de que os Estados-membros não podem fixar índices de correção monetária superiores aos fixados pela União para o mesmo fim (v. RE nº 183.907- 4/SP e ADI nº 442) – CTN que, ao estabelecer normas gerais de Direito Tributário, com repercussão nas finanças públicas, impõe o cômputo de juros de mora ao crédito não integralmente pago no vencimento, anotando a incidência da taxa de 1% ao mês, 'se a lei não dispuser de modo diverso' – Lei voltada à re-

Acesso ao Sumário

gulamentação de modo diverso da taxa de juros no âmbito dos tributos federais que, destarte, também se insere no plano das normas gerais de Direito Tributário/Financeiro, balizando, no particular, a atuação legislativa dos Estados e do DF – Padrão da taxa SELIC que veio a ser adotado para a recomposição dos créditos tributários da União a partir da edição da Lei nº 9.250/95, não podendo então ser extrapolado pelo legislador estadual – Taxa SELIC que, por sinal, já se presta a impedir que o contribuinte inadimplente possa ser beneficiado com vantagens na aplicação dos valores retidos em seu poder no mercado financeiro, bem como compensar o custo do dinheiro eventualmente captado pelo ente público para cumprir suas funções – Fixação originária de 0,13% ao dia que, de outro lado, contraria a razoabilidade e a proporcionalidade, a caracterizar abuso de natureza confiscatória, não podendo o Poder Público em sede de tributação agir imoderadamente – Possibilidade, contudo, de acolhimento parcial da arguição, para conferir interpretação conforme a Constituição, em consonância com o julgado precedente do Egrégio STF na ADI nº 442 – Legislação paulista questionada que pode ser considerada compatível com a CF, desde que a taxa de juros adotada (que na atualidade engloba a correção monetária), seja igual ou inferior à utilizada pela União para o mesmo fim – Tem lugar, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação e aplicação que vêm sendo dada pelo Estado às normas em causa, sem alterá-las gramaticalmente, de modo que seu alcance valorativo fique adequado à Carta Magna (art. 24, inciso I e § 2º) – Procedência parcial da arguição." (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 27/02/2013).

Assim, a taxa de juros e correção monetária aplicada ao caso deve ser igual ou inferior à utilizada pela União para a cobrança dos tributos federais, razão pela qual neste ponto também merece ser reformada a sentença recorrida, para que os juros moratórios sejam limitados à Taxa SELIC.

Em razão da modificação do julgado e restando configurada a hipótese de sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das despesas processuais, nos termos do artigo 86 do Código de Processo Civil, além dos honorários advocatícios da parte adversa, ora fixados no percentual mínimo previsto pelo artigo 85, § 3º do Código de Processo Civil, a incidir sobre o valor do proveito econômico obtido pela parte contrária, a ser apurado em sede de liquidação da sentença.

Apenas para que não restem dúvidas, o valor do proveito econômico obtido pela parte autora corresponde ao valor excluído do Auto de Infração relativo à redução da multa punitiva e adequação dos juros moratórios à Taxa SELIC; e

Acesso ao Sumário

o valor do proveito econômico obtido pela Fazenda Estadual é o valor mantido do Auto de Infração.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso interposto pela Fazenda do Estado para manter hígido o Auto de Infração, no entanto, com a (i) redução o valor da multa punitiva aplicada, para que seja limitada ao valor atualizado do tributo devido e (ii) o afastamento da aplicação da Lei nº 13.918/2009 para fins de cálculo dos juros moratórios, limitando-os à taxa SELIC.

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 1041307-20.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes INSTITUTO DE PAGAMENTOS ESPECIAIS DE SÃO PAULO - IPESP e ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada ELI DAMARES MOURA DE OLIVEIRA CHAVES.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a sustentação oral do Dr. Paulo Flavio Perrone Cartier, deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.106)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 16 de outubro de 2023.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Ementa: RECURSOS DE APELAÇÃO E *EX OFFICIO* EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA. CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NOTARIAIS E DE REGISTRO DO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. VALOR DO BENEFÍCIO. Aposentadoria concedida em 19/03/2021, sob a égide da Lei nº 14.016/10. Particular que preencheu os requisitos para aposentadoria em 2006, devendo quanto ao benefício serem aplicadas as disposições legais vigentes à época da aquisição do direito. Entendimento da Súmula 359 do Supremo Tribunal Federal. Aposentadoria que deve corresponder a 17 (dezessete) salários mínimos, conforme disciplina à

Acesso ao Sumário

época da aquisição do direito, nos termos do art. 13 da Lei nº 10.393/70, regulamentado em tabela estabelecida no Decreto nº 28.321/88. Cálculo do benefício com base no salário mínimo de 2006 e reajustes posteriores. 2. ÍNDICE DE REAJUSTE DA APOSENTADORIA. Impossibilidade de manutenção da adoção de salário mínimo como base de cálculo para reajuste de aposentadoria, nos termos do art. 45, § 1º, da Lei nº 10.393/70, vigente a época da concessão da aposentadoria. Vedação expressa no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal e entendimento do Supremo Tribunal Federal nos termos da Súmula Vinculante nº 4. Inexistência de direito adquirido a forma de reajuste de remuneração, incluindo-se os proventos de aposentadoria. Reajuste dos proventos que deve ser realizado conforme o regime vigente. 3. PERCENTUAL DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. Ausência de fundamento para a preservação da contribuição previdenciária no percentual de 5%, conforme redação original da Lei nº 10.393/70, já que a matéria foi disciplinada pela Lei nº 14.016/10, que fixou o novo percentual de 11%, sendo questão fiscal aplicável a todos os aposentados. Precedentes. Entendimento firmado na ADI nº 4420 que não se aplica ao índice de reajuste e percentual de contribuição previdenciária. 4. Sentença de procedência reformada em parte, para afastar a fixação da contribuição previdenciária na alíquota de 5%, e o reajuste dos proventos de acordo com o índice de reajuste do salário mínimo, devendo, no mais, ser mantida. Recursos parcialmente providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam os autos de recursos de apelação e *ex officio* extraídos de Ação de Procedimento Comum, interpostos contra a r. sentença de fls. 271/277, proferida pela **MM. Juíza da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital**, que julgou procedente o pedido, para declarar o direito da autora ao regime previdenciário previsto na Lei nº 10.393/70 e Decreto nº 28.321/88, condenando os réus:

a) na obrigação de fixar os proventos de aposentadoria da autora o correspondente a 17 (dezessete) salários mínimos, considerando o maior valor do salário mínimo estadual vigente, na forma da Lei Estadual nº 16.953/2019, bem

como na obrigação de reajustar os proventos de aposentadoria de acordo com o regime da Lei nº 10.393/70;

b) na obrigação de fixar a alíquota máxima de contribuição previdenciária mensal (custeio administrativo da aposentadoria), na condição de inativo, em 5%, como previsto no art. 45, § 6. da Lei nº 10.393/70;

c) na obrigação de pagar a diferença mensal do valor dos proventos de aposentadoria, respeitada a prescrição quinquenal, com incidência de correção monetária desde as lesões (IPCA-E Tema 810 do STF) e juros de mora, a partir da citação, nos termos da Lei nº 12.703/12;

d) obrigação de restituir os valores cobrados a maior, a título de contribuição previdenciária que excederem a alíquota de 5%, respeitada a prescrição quinquenal, acrescido de correção monetária desde as lesões (Tema 810 do STF) e juros de mora, segundo a SELIC, a partir do trânsito em julgado.

O IPESP e a Fazenda Pública interpuseram recurso de apelação sustentando, em síntese, que o art. 45, § 1º da Lei n° 10.393/1970 vigente a época da concessão da aposentadoria não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que em seu art. 7º veda a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim, e, portanto, foi editada a Lei Estadual nº 14.016/10 que dispôs que os benefícios previdenciários deverão ser reajustados de acordo com o IPC-FIPE, inexistindo direito à manutenção dos reajustes com base no salário mínimo (fls. 282/288).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 293/313).

Houve oposição quanto à forma de julgamento virtual (fl. 414).

É o relatório.

Embora inexistente, tem-se por interposto o recurso *ex officio* .

Os recursos comportam parcial provimento.

A questão controvertida cinge-se no pagamento de aposentadoria à particular, escrevente de cartório de serventia extrajudicial do Estado de São Paulo, tendo o benefício sido concedido em 19/03/2021 sob a égide da Lei nº 14.016/10.

De início, tem-se incontroverso que a particular já preenchia os requisitos para a aposentação desde 2006, devendo ao benefício, portanto, serem aplicáveis as disposições legais vigentes à época da aquisição do direito, tal como é o pacífico entendimento insculpido na Súmula 359 do E. Supremo Tribunal Federal.

Neste passo, o benefício de aposentadoria deve corresponder a 17 (dezessete) salários mínimos, conforme disciplina à época da aquisição do direito, nos termos do art. 13 da Lei nº 10.393/70, regulamentado em tabela estabelecida no Decreto nº 28.321/88.

Para o cálculo da aposentadoria, deve ser considerado o salário mínimo vigente em 2006, atualizado até 2010 pelo IPC-FIPE, por aplicação analógica do art. 5º, inciso VII, da Lei nº 14.016/10 e art. 9º da Lei nº 16.877/18, vez que incabível o reajuste de acordo com o salário mínimo tal como previsto na reda-

Acesso ao Sumário

ção original da Lei nº 10.393/70, por vedação constitucional. Após a vigência da Lei nº 14.016/10, aplica-se o reajuste pelo índice legalmente previsto, qual seja, o mesmo IPC-FIPE.

De outro lado, não há amparo legal para o pedido de reconhecimento do direito adquirido aos índices de reajuste do benefício e de contribuição previdenciária.

Com efeito, é pacífico o entendimento quanto à vedação da utilização do salário mínimo como base de cálculo para reajuste de qualquer remuneração, incluindo-se a aposentadoria, nos termos do art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal, e conforme Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal.

No mais, a remuneração compreende toda e qualquer espécie, seja salário ou proventos, como no caso dos autos, de modo que insubsistente a pretensão de manutenção do reajuste conforme então previsto no art. 12 da Lei n° 10.393/70, porquanto inexistente direito adquirido à forma de reajuste de benefício.

Logo, o reajuste dos proventos deve ser realizado conforme o regime vigente, no caso pelo IPC-FIPE, conforme disciplina do art. 5º, inciso VII, da Lei nº 14.016/10 e posteriormente art. 9º da Lei nº 16.877/18.

O mesmo raciocínio leva à conclusão da ausência de fundamento para a preservação da contribuição previdenciária no percentual de 5%, conforme redação original da Lei nº 10.393/70, já que a matéria foi disciplinada pela Lei nº 14.016/10, que fixou o novo percentual de 11%, sendo questão fiscal aplicável a todos os aposentados.

Nesse sentido são os precedentes desta C. 5ª Câmara de Direito Público:

RECURSO DE APELAÇÃO – SERVENTIA NÃO OFICIALIZADA – REAJUSTE DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA PELO SALÁRIO MÍNIMO – IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DO IPC-FIPE – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE 11% – CONSTITUCIONALIDADE. 1. Pretensão ao recebimento do benefício previdenciário atualizado com base no salário mínimo. Impossibilidade. 2. As previsões de reajustamento dos benefícios, com base nos salário mínimo, não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. 3. Incidência da Súmula Vinculante n.º 04. 4. Inteligência dos artigos 5º e 12 das Leis Estaduais nº 10.393/70 e 14.016/10. 5. A contribuição previdenciária de 11% é devida pelos inativos e pensionistas que, em razão da promulgação da Emenda Constitucional n.º 41/03, voltaram a custear a previdência, tal como os ativos. 6. Observância ao limite constitucional estabelecido para a incidência da contribuição, que deve ser idêntica ao dos beneficiários dos regimes geral e especial de previdência social, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, conforme decidido pelo E. STF na ADI n.º 3128/DF. 7. Correção, de ofício, de erro material verificado na r. sentença recorrida, no que se refere à condenação da parte vencida ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa. 8. Sentença de improcedência mantida. 9. Recurso de apelação despro-

Acesso ao Sumário

vido, com observação. (Apelação n° 0047604-46.2010.8.26.0053, São Paulo, Rel. Des. Francisco Bianco, j. 24.06.2013).

RECURSOS DE APELAÇÃO E *EX OFFICIO* EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANUTENÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO PARA REAJUSTE DE BENEFÍCIO DE APÓSENTADORIA. CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NOTARIAIS E DE REGISTRO DO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. Impossibilidade de manutenção da adoção de salário mínimo como base de cálculo para reajuste de aposentadoria, nos termos do art. 45, § 1º, da Lei Estadual n° 10.393/70, vigente a época da concessão da aposentadoria. Vedação expressa no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal e entendimento do Supremo Tribunal Federal nos termos da Súmula Vinculante n° 4. Inexistência de direito adquirido a forma de reajuste de remuneração, incluindo-se os proventos de aposentadoria. **2.** Reajuste de benefício que deve adotar índice, ainda que declarado inconstitucional, até que sobrevenha alteração legislativa, diante da impossibilidade de determinação pelo poder judiciário de índice diverso. Entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n° 565.714/SP. Devido o pagamento de diferença nos proventos de aposentadoria, durante o período em houve suspensão administrativa de reajuste até a edição da Lei Estadual n° 14.016/10, que expressamente adotou índice diverso para reajuste da aposentadoria, IPCA-FIPE, observando-se a prescrição quinquenal das parcelas vencidas, nos termos do Decreto n° 20.910/32. **3. CORREÇÃO MONETÁRIA**. No julgamento das ADI 4.357 e 4.425 foi declarada a inconstitucionalidade da expressão "*índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança*" entendendo o STF que, por arrastamento, o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/09 também é, em parte, inconstitucional. Aplicação do índice IPCA/IBGE que reflete a correção monetária. **4. JUROS MORATÓRIOS.** Índice que deve ter os mesmos critérios de fixação de juros moratórios entre devedores públicos e privados, não podendo ser inferior àquele pelo qual a Fazenda Pública recebe seus créditos. Princípio da isonomia. **5. MODULAÇÃO DOS EFEITOS**. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade feita pelo E. Supremo Tribunal Federal aplica- se somente aos precatórios expedidos até o dia 25.03.2015, não tendo qualquer reflexo nas condenações atuais que deverão observar a inconstitucionalidade. **6.** Sentença reformada. **Recursos parcialmente providos, com observação** (Apelação e Reexame Necessário nº 1030334-50.2014.8.26.0053, Rel. Des. Marcelo Martins Berthe, j. 01.02.16).

Acesso ao Sumário

Não se olvida que no julgamento da ADI 4420, sob relatoria do E. Ministro Marco Aurélio, em 16/11/16, o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha declarado inconstitucional o art. 3º, *caput*, e § 1º, da Lei nº 14.016/2010, bem como dado interpretação conforme ao restante do diploma, nos seguintes termos, em V. Acórdão de lavra do E. Ministro Luís Roberto Barroso:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXTINÇÃO DA CARTEIRA DE PREVIDÊNCIA DAS SERVENTIAS NÃO OFICIALIZADAS DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. PROTEÇÃO DOS DIREITOS ADQUIRIDOS. DIREITO À CONTAGEM RECÍPROCA DO TEMPO DE SERVIÇO.

1. A Lei nº 14.016, de 12.04.2010, do Estado de São Paulo, que declarou em regime de extinção a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça daquele Estado, não padece de inconstitucionalidade formal, visto que o constituinte conferiu aos Estados-membros competência concorrente para legislarem sobre previdência social, consoante o disposto no art. 24, XII, da Constituição Federal.

2. A extinção da Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça daquele Estado, embora possível por meio da referida lei, deve, contudo, respeitar o direito adquirido dos participantes que já faziam jus aos benefícios à época da edição da lei, bem como o direito à contagem recíproca do tempo de contribuição para aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social (CF, art. 201, §9º) dos participantes que ainda não haviam implementado os requisitos para a fruição dos benefícios. **3.** Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para: **(i)** declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, *caput*, e § 1º, da Lei nº 14.016/2010, do Estado de São Paulo, no que excluem a assunção de responsabilidade pelo Estado; **(ii)** conferir interpretação conforme à Constituição ao restante do diploma impugnado, proclamando que as regras não se aplicam a quem, na data da publicação da lei, já estava em gozo de benefício ou tinha cumprido, com base no regime instituído pela Lei estadual nº 10.393/1970, os requisitos necessários à concessão; **(iii)** quanto aos que não implementaram todos os requisitos, conferir interpretação conforme para garantir-lhes a faculdade da contagem de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social, nos termos do art. 201, § 9º, da Constituição Federal.

Contudo, o entendimento de que as regras da Lei nº 10.393/70 não se aplicam a quem, na data da publicação da lei, já estava em gozo do benefício ou tinha cumprido os requisitos da concessão, não permitem concluir que o diploma deve ser aplicado em sua integralidade, também quanto ao índice de reajuste e percentual de contribuição previdenciária.

A interpretação conferida na ADI 4420 é direcionada à salvaguarda dos direitos dos aposentados em face da extinção da Carteira de Previdência das Serventias, sobretudo ante a tentativa de exclusão da responsabilidade do Estado de São Paulo pelo pagamento dos benefícios, tal como previsto no art. 3º da Lei nº 10.393/70, declarado inconstitucional.

Assim, nas questões alheias ao direito ao benefício de aposentadoria em si, tal como o caso concreto, no tocante ao índice de reajuste e percentual de contribuição previdenciária, o precedente firmado não é aplicável.

Acesso ao Sumário

Desse modo, a r. sentença comporta parcial reparo, para afastar a fixação da contribuição previdenciária na alíquota de 5%, e o reajuste dos proventos de acordo com o índice de reajuste do salário mínimo, devendo, no mais, ser mantida.

Pelo exposto, **dá-se parcial provimento** aos recursos.

Ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com as respectivas custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios da parte adversa, fixados em 5% sobre o valor do proveito econômico, a ser apurado em sede de cumprimento de sentença, nos termos do art. 85, § 3º e § 11, do Código de Processo Civil.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ EDcl no Resp 1662728/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02.08.2018).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1064976-39.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SINDICATO DOS SERVIDORES DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO (SISDERESP), são apelados ESTADO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral da Dra. Nayara Fernandes Costa, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.062)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 1º de novembro de 2023.

DJALMA LOFRANO FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COLETIVA. SINDICATO DOS SERVIDORES DO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO (SISDERESP). CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. 1. Pretensão do sindicato autor (i) que seja declarado indevido o recolhimento de contribuição

previdenciária sobre verbas não incorporáveis aos proventos dos substituídos processuais (servidores da categoria), apontando, em especial, as seguintes parcelas: adicional de insalubridade; Gratificação por Trabalho Noturno (GTN); Prêmio de Desempenho Individual (PDI); Gratificação de Pedágio; Gratificação por Serviço Extraordinário; demais parcelas "propter laborem" que não tenham se incorporado aos seus vencimentos, com repetição do indébito dos valores indevidamente recolhidos, respeitada a prescrição quinquenal; ii) bem como que seja declarada indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre o valor que exceder o teto do INSS, com direito à restituição da contribuição incidente sobre o excedente de todo o período contribuído. Sentença de improcedência na origem. Manutenção. 2. Base de cálculo da contribuição previdenciária. Impossibilidade de acolhimento da pretensão do autor. Devem integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária as remunerações e os ganhos habituais que tenham repercussão no futuro benefício de aposentadoria, excluindo-se as verbas que não repercutem no cálculo do benefício a ser auferido pelo servidor público (provento de aposentadoria). A inclusão ou não da parcela remuneratória como elemento da base de cálculo da contribuição previdenciária não decorre do fato de ser incorporável (ou não) à remuneração de forma permanente, mas do fato de influenciar (ou não) o cálculo do benefício futuro. Interpretação dos fundamentos da decisão do C. STF, no RE nº 593.068/SC, em sede de Repercussão Geral, Tema nº 163. Inteligência do art. 201, § 11, e art. 40, § 3º, ambos da CF/88, art. 126 da CE e art. 7º da Lei Estadual nº 1.354/2020. 2. Pleito de reconhecimento de indevida incidência de contribuição previdenciária sobre os valores que excedem o teto do INSS, com esteio na EC nº 103/2019. Descabimento. Pedido que desconsiderou a diversidade de regimes a que estão sujeitos os servidores integrantes do RPPS, bem como as regras de transição estabelecidas pela Lei 1354/2020. Limitação ao teto de benefícios do Regime Geral da

Acesso ao Sumário

Previdência Social apenas em relação àqueles que ingressaram no serviço público após a efetiva instituição do Regime de Previdência Complementar, nos termos do que ficou decidido pelo Órgão Especial do TJSP na ADI 2165511-31.2014.8.26.0000. Servidores que já estavam no RPPS antes de 21/01/2013 que continuaram a ter direito aos proventos calculados de acordo com a média das contribuições, permitindo a lei expressamente que ultrapassem o limite do RGPS. Composição do futuro benefício que se dará por dois modos diferentes: parte pelo Regime Próprio de Previdência, com benefício limitado ao teto de benefícios da Previdência Social; outra parte pelos valores auferidos a partir das contribuições versadas ao Regime de Previdência Complementar. Entendimento da C. Turma Especial da Seção de Direito Público no julgamento do Incidente de Assunção de Competência nº 1000867-84.2018.8.26.0053. Inteligência ainda do art. 126, § 18, da CE. Sentença de improcedência mantida. Majoração dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação coletiva ajuizada pelo Sindicato dos Servidores do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo (Sisderesp) em face do São Paulo Previdência - SPPREV e do Estado de São Paulo, visando, em apertada síntese, declarar a inexistência de relação jurídica tributária que obrigue os substituídos processuais (servidores públicos estaduais) a recolher contribuição previdenciária sobre as verbas especificadas na inicial e outras "propter laborem", não incorporáveis, bem como a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição previdenciária incidente sobre o montante que excede o teto do INSS e, como consequência, a devolução de todos os valores indevidamente recolhidos a este título durante todo o período não alcançado pela prescrição.

Na sentença de fls. 447/451 e 648/649, foi julgada improcedente a ação, sendo o vencido condenado ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios arbitrados por equidade em R$ 3.000,00 (três mil reais).

O autor apelou (fls. 656/675), aduzindo, em síntese: a) o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.068/SC, Tema de Repercussão Geral nº 163, assentou o entendimento no sentido da inconstitucionalidade da incidência

Acesso ao Sumário

de contribuição sobre parcelas não incorporáveis à aposentadoria, razão pela qual sustenta que não deve incidir a contribuição sobre o adicional de insalubridade, a gratificação por trabalho noturno, o prêmio de desempenho individual, a gratificação de pedágio e a gratificação por serviço extraordinário; b) a incorporação de benefícios pagos em caráter temporário foi vedada pelo § 9º do artigo 39 da Constituição Federal introduzido pela Emenda Constitucional 103/2019; c) a reforma da previdência modificou o § 2º do artigo 40 da CF, estabelecendo que os proventos de aposentadoria não serão superiores ao limite máximo estabelecido para o Regime Geral de Previdência Social - RGPS e, por isso, desde a data da promulgação da EC 103 em 12 de novembro de 2019, não poderia mais incidir contribuição previdenciária sobre aquilo que supere o teto do RGPS, por ser o sistema contributivo; d) pugnou, assim, pelo provimento do recurso, a fim de ser reformada a sentença.

Oferecidas contrarrazões (fls. 686/703).

D. Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 734/744).

É o relatório.

O recurso não comporta acolhimento.

Trata-se de ação coletiva pelo procedimento comum ajuizada pelo Sindicato dos Servidores do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo (Sisderesp) em face do São Paulo Previdência - SPPREV e outro, aduzindo, em síntese, que a contribuição previdenciária tem sido calculada, na prática, sobre a totalidade dos valores pagos aos servidores públicos estaduais, deixando-se indevidamente de excluir de sua base de cálculo valores que possuem natureza indenizatória e/ou *propter laborem*, inclusive em razão de sua não incorporação ao provento de aposentadoria.

Sustentou que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme a respeito da não incidência da contribuição previdenciária sobre verbas indenizatórias e o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.068/SC, em sede de repercussão geral, Tema nº 163, firmou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre parcelas não incorporáveis aos proventos da aposentadoria do servidor público.

Aduziu que a redação dada ao § 9º do art. 39 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 103/2019 encerrou a possibilidade de qualquer discussão sobre incorporação de vantagens por função de confiança ou diferença por nomeação para cargo em comissão, o que implica impossibilidade de incidência da contribuição previdenciária para o Regime Próprio da Previdência Social sobre tais valores.

Por fim, sustentou que a incidência da contribuição previdenciária sobre valor que excede o teto do Regime Geral da Previdência Social, após a EC. 103/2019, fere o caráter contributivo do sistema.

Acesso ao Sumário

Com estes argumentos, sustentou que deve ser reconhecida a ilegalidade da inclusão das parcelas discriminadas na inicial na base de cálculo da contribuição previdenciária paga pelos servidores da categoria e pediu que seja, consequentemente, reconhecido o direito dos servidores substituídos pela entidade autora à repetição dos valores recolhidos indevidamente, considerada a cobrança indevida com relação às referidas parcelas; bem como que seja reconhecido o caráter indevido da incidência da contribuição previdenciária sobre o valor que excede ao "teto" do INSS, com esteio na Emenda Constitucional 103/2019, bem como que seja reconhecido o direito à restituição da contribuição incidente sobre o excedente em relação a todo o período em que a exação foi cobrada, sem limitação relativa à prescrição quinquenal.

Os pedidos foram julgados improcedentes e a sentença está correta, como se verá a seguir.

Estabelece o artigo 201, § 11, da Constituição Federal, que os ganhos habituais do trabalhador devem ser considerados para efeitos de contribuição previdenciária, mas desde que tenham repercussão sobre os benefícios previdenciários:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

E tal disposição se aplica aos servidores público, sendo as regras para o cálculo dos proventos disciplinadas por cada ente federativo, conforme determina o art. 40, § 3º, da Constituição Federal:

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

§ 3º As regras para cálculo de proventos de aposentadoria serão disciplinadas em lei do respectivo ente federativo.

No Estado de São Paulo, estabelece o art. 126 da Constituição Estadual:

Artigo 126 - O Regime Próprio de Previdência Social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do Estado de São Paulo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

§ 3º - As regras para cálculo de proventos de aposentadoria serão disciplinadas por lei.

Em cumprimento ao mandamento constitucional, foi sancionada a Lei

Acesso ao Sumário

Complementar Estadual nº 1.354, de 06 de março de 2020, disciplinando a matéria nos seguintes termos:

*Artigo 7° - **O cálculo dos proventos de aposentadoria do servidor público titular de cargo efetivo considerará a média aritmética simples das remunerações adotadas como base para as contribuições aos regimes de previdência a que o servidor esteve vinculado**, atualizadas monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo, desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.*

(...)

§ 2º - A média a que se refere o «caput» será limitada ao valor máximo do salário de contribuição do Regime Geral de Previdência Social, para o servidor que ingressou no serviço público, em cargo efetivo, após a implantação do regime de previdência complementar.

De fato, a regra constitucional atualmente em vigor, quanto à fixação da base de cálculo da contribuição previdenciária nos Regimes Próprios de Previdência dos Estados e Municípios, deixa a critério do legislador local o estabelecimento das parcelas remuneratórias a serem incluídas, delimitando, concretamente, referências para o cálculo do futuro benefício.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 1.354/2020, editada em consonância com o disposto na redação atualmente vigente do art. 40, § 3º, bem como do art. 201, § 11, da CF, considera todos os elementos componentes da remuneração habitual do servidor (incorporáveis ou não) para fins de cálculo da contribuição, pois estes mesmos elementos ou valores serão considerados para a composição do valor do benefício.

E a legislação local indica a legitimidade da solução adotada, **no sentido de que todas as parcelas remuneratórias habituais, ainda que não incorporáveis, sejam incluídas no cálculo do benefício.**

Nesse sentido, com intuito de evitar repetição desnecessária, pede-se vênia para transcrever o seguinte excerto do parecer ministerial:

Em outros termos: a Lei Complementar 1354/2020, editada em consonância com o disposto na redação atualmente vigente do art. 40, § 3º, bem como do art. 201, § 11 da CF, considera todos os elementos componentes da remuneração habitual do servidor (incorporáveis ou não) para fins de cálculo da contribuição, pois estes mesmos elementos ou valores serão considerados para a composição do valor do benefício.

Reitere-se que o "caput" do art. 7º da Lei Complementar 1354/2020 estipula que "cálculo dos proventos de aposentadoria do servidor público titular de cargo efetivo considerará a média aritmética simples das remunerações adotadas como base para as contribuições aos regimes de previdência a que o servidor esteve vinculado, atualizadas monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo, desde a competência julho de

Acesso ao Sumário

1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência".

Em outros termos, é irrelevante o fato de que determinadas parcelas, mencionadas na petição inicial, não se incorporem definitivamente à remuneração. Por serem habituais, e serem, em função disso, consideradas no cálculo da contribuição, influenciarão no cálculo dos futuros proventos da aposentadoria, elevando o respectivo valor, cuja definição se dará a partir da "média aritmética simples das remunerações adotadas como base para as contribuições" (textual, fls. 437/438).

O Supremo Tribunal Federal assim decidiu a respeito, no Tema 163 de Repercussão Geral:

Direito previdenciário. Recurso Extraordinário com repercussão geral. Regime próprio dos Servidores públicos. Não incidência de contribuições previdenciárias sobre parcelas não incorporáveis à aposentadoria. 1. O regime previdenciário próprio, aplicável aos servidores públicos, rege-se pelas normas expressas do art. 40 da Constituição, e por dois vetores sistêmicos: (a) o caráter contributivo; e (b) o princípio da solidariedade. ***2. A leitura dos §§ 3º e 12 do art. 40, c/c o § 11 do art. 201 da CF, deixa claro que somente devem figurar como base de cálculo da contribuição previdenciária as remunerações/ganhos habituais que tenham "repercussão em benefícios". Como consequência, ficam excluídas as verbas que não se incorporam à aposentadoria.*** *3. Ademais, a dimensão contributiva do sistema é incompatível com a cobrança de contribuição previdenciária sem que se confira ao segurado qualquer benefício, efetivo ou potencial. 4. Por fim, não é possível invocar o princípio da solidariedade para inovar no tocante à regra que estabelece a base econômica do tributo. 5. À luz das premissas estabelecidas, é fixada em repercussão geral a seguinte tese: "Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como 'terço de férias', 'serviços extraordinários', 'adicional noturno' e 'adicional de insalubridade."' 6. Provimento parcial do recurso extraordinário, para determinar a restituição das parcelas não prescritas.* (RE 593068, Relator: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-056, DIVULG 21-03-2019, PUBLIC 22-03-2019) – destaques acrescidos.

Acesso ao Sumário

A respeito da matéria ora versada, de acordo com o voto do Min. Roberto Barroso, quando do julgamento do RE 593.068/SC, em 04/03/2015, no qual foi fixada a Tese de Repercussão Geral relativa ao Tema 163, para saber se a parcela remuneratória deve ou não ser incluída na base de cálculo da contribuição previdenciária não é necessário perquirir se ela é ou não incorporável para fins de aposentadoria, mas sim se irá repercutir no cálculo do benefício a ser auferido, no futuro, pelo servidor.

Destarte, interpretando-se corretamente os fundamentos apresentados no

julgamento do RE 593.068/SC, denota-se que deve ser considerada como elemento da base de cálculo, para fins de contribuição previdenciária, a parcela componente da remuneração que repercuta, dentro do sistema adotado, no cálculo do benefício a ser auferido, no futuro, pelo servidor (proventos de aposentadoria).

Em outras palavras, a inclusão ou não da parcela remuneratória como elemento da base de cálculo da contribuição previdenciária, não decorre do fato de ser (ou não) incorporável à remuneração de forma permanente, mas sim do fato de influenciar (ou não) o cálculo do benefício futuro.

Seguindo-se esta linha de raciocínio, para solução da questão posta *sub judice*, é irrelevante saber se as parcelas mencionadas na inicial pelo sindicato autor incorporam-se ou não definitivamente à remuneração, na medida em que, tratando-se de verbas "habituais", são computadas na base de cálculo da contribuição previdenciária, influenciando, em consequência, no cálculo dos futuros proventos da aposentadoria, elevando o seu valor, cuja definição se dará a partir da "*média aritmética simples das remunerações adotadas como base para as contribuições*".

Com estes fundamentos, conclui-se não ser possível acolher a pretensão do autor de excluir tais parcelas e mesmo outras consideradas "propter laborem" do cálculo da contribuição previdenciária, consoante bem decidido em primeiro grau.

De outro lado, também não merece guarida o pleito de reconhecimento da indevida incidência de contribuição previdenciária sobre os valores que excedem o teto do INSS, com esteio na EC de nº 103/2019.

A narrativa trazida na inicial desconsidera o fato de que as modificações paulatinamente realizadas no sistema previdenciário, ultimadas, até aqui, com a Emenda Constitucional 103/2019, criaram situações ou regimes de transição.

Ademais, é necessário recordar que mesmo antes da EC 103/2019, já havia a previsão da possibilidade de instituição do Regime de Previdência Complementar.

No Estado de São Paulo, foi instituído o Regime de Previdência Complementar, pela edição da Lei 14.653/2011, que fixou o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões de que trata o artigo 40 da Constituição Federal, autorizando a criação de entidade fechada de previdência complementar.

Referida lei foi objeto de questionamento em Ação Direta de Inconstitucionalidade neste E. Tribunal de Justiça (ADI 2165511-31.2014.8.26.0000, rel. Des. Nuevo Campos, j. 8.3.2017), sendo decidido, no julgamento respectivo, que o Regime de Previdência Complementar deveria ser considerado existente a partir do momento em que efetivamente implantado.

Logo, não é correta a afirmação de que, pela sistemática vigente, a base de cálculo da contribuição previdenciária deve ser limitada ao teto de benefícios

Acesso ao Sumário

do Regime Geral da Previdência Social.

Aliás, Sobre o tema em questão, decidiu a C. Turma Especial da Seção de Direito Público no julgamento do Incidente de Assunção de Competência nº 1000867-84.2018.8.26.0053 (j. 02/10/2020),:

"Regime de previdência complementar. Servidor estadual. O Estado de São Paulo valeu-se da faculdade oferecida pelas EC nº 20/98 e 41/03 ('poderão adotar') para instituir o novo regime para os novos servidores (limite do RGPS + previdência complementar) com a edição da ECE nº 21/06 de 14-2-2006, que adequou a Constituição Paulista às Emendas Constitucionais Federais; mas a entrada em vigor do novo regime foi prorrogada até 2013, quando entrou em operação a previdência complementar instituída pela LE nº 14.653/11 de 22-12-2011, depois alterada pela LE nº 16.391/17 de 15-3-2017, a que podem aderir, mediante opção do servidor [adesão não obrigatória], os titulares de cargos efetivos aprovados em concurso público e os demais servidores indicados no art. 1º e seus parágrafos. Os servidores admitidos antes da instituição da previdência complementar permaneceram no regime anterior, em extinção. São, portanto, dois sistemas independentes e separados, com regras próprias, que não se comunicam; a lei não permite [pois nada previu] que os antigos optem pelo sistema novo, assim como não permite que os novos optem pelo sistema antigo. A LE nº 14.653/11 não cuida de previdência (aposentadoria e pensões) nem regulamenta o § 14 dos art. 40 e 126 da CF e CE, mas apenas de um sistema paralelo, independente, de previdência complementar facultativa. O Estado contribui para a formação do pecúlio de quem vai se aposentar com menos no RPPS novo e não há razão para contribuir o pecúlio de quem se aposenta com integralidade no RPPS antigo; seria um duplo benefício, a participação do Estado nos vencimentos integrais no RPPS e mais sua participação na previdência complementar". (TJSP; Apelação Cível 1000867-84.2018.8.26.0053; Relator: Torres de Carvalho; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 02/10/2020; Data de Registro: 30/10/2020)

Desta forma, a base de cálculo da contribuição previdenciária deve ser limitada ao teto de benefícios do Regime Geral da Previdência Social apenas em relação àqueles que ingressaram no serviço público após a efetiva instituição do Regime de Previdência Complementar, nos termos do que ficou decidido na ADI 2165511-31.2014.8.26.0000, pelo E. TJSP.

Isto porque, a composição do futuro benefício se dará por dois modos diferentes: parte pelo Regime Próprio de Previdência, com benefício limitado ao teto de benefícios da Previdência Social; outra parte pelos valores auferidos a partir das contribuições versadas ao Regime de Previdência Complementar.

Neste sentido, o parecer da d. Procuradoria de Justiça, que bem apreciou a matéria nos seguintes termos:

Acesso ao Sumário

"Por fim, igualmente incabível a pretensão do sindicato no sentido de se reconhecer o caráter indevido da incidência de contribuição previdenciária sobreo valor que excede ao "teto" do INSS, com esteio na Emenda Constitucional nº 103/2019.

Primeiramente, as alegações do ora apelante são demasiadamente genéricas, não individualizando ou especificando qualquer situação capaz de configurar violação ao sistema previdenciário vigente no Estado de São Paulo.

Ademais, com a edição da Lei Estadual n. 14.653/2011, o Estado de São Paulo instituiu o Regime de Previdência Complementar, previsto nos §§ 14 e 15 da Constituição Federal. Em função dos comandos constitucionais e da legislação inferior invocada, em especial a redação do § 16 do artigo 40 da Constituição de 1988, é claríssimo que aos servidores que já tivessem ingressado no serviço público, titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, seria dada a opção de escolha do regime previdenciário.

Assim, é necessário considerar as regras de transição, dada a implantação do Regime de Previdência Complementar a partir de 2013. Abriu-se duas possibilidades, faculdade conferida aos servidores que já integravam o serviço público, quais sejam, a migração para este novo Regime, mantendo seus recolhimentos (contribuições) dentro dos parâmetros (limites) atrelados ao teto de benefícios do Regime da Previdência Social ou a permanência no sistema antigo e, assim o fazendo, a base de cálculo da contribuição previdenciária não é limitada ao teto de benefícios do Regime Geral da Previdência Social".

De fato, todos os servidores que ingressaram a partir de 21/01/2013 não recolhem mais contribuição previdenciária para o RPPS sobre o total da remuneração, mas apenas até o teto do RGPS. Ainda assim, como já mencionado, os proventos de aposentadoria são compostos pela média das contribuições, nos termos do artigo 7º da Lei Complementar Estadual 1354/2020.

E os servidores que já estavam no RPPS até 21/01/2013 continuaram a ter direito aos proventos calculados de acordo com a média das contribuições, permitindo a lei expressamente que ultrapassem o limite do Regime Geral da Previdência Social, podendo até mesmo atingir o total dos vencimentos.

Como se vê, o pedido formulado na inicial desconsiderou a diversidade de regimes a que estão sujeitos os servidores integrantes do RPPS, bem como as regras de transição estabelecidas pela Lei 1354/2020, concluindo-se, com estes fundamentos, pela total impossibilidade de se acolher a pretensão do autor à declaração da inexigibilidade da contribuição previdenciária recolhida acima do limite estabelecido para o INSS.

Com estes fundamentos, é de rigor a manutenção, na íntegra, da sentença de improcedência da ação.

Por fim, desprovido o recurso, os honorários advocatícios devidos pelo

Acesso ao Sumário

apelante para os patronos da apelada ficam majorados para R$ 10.000,00 em atenção ao art. 85, § 11, do CPC/15 e ao trabalho adicional realizado em grau recursal.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1000463-15.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes ANDRE GERIN e RZC ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA. EPP, Apelados ELLEN CRISTINA ÂNGELO COSTA LINO, LUÍS ENRIQUE LUCCHEZI e ADRIANE APARECIDA ZANETINI.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral da Dra. Analucia Minervino, deram provimento aos recursos dos réus e negaram provimento ao recurso do Ministério Público. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.593)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), SOUZA NERY e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 8 de novembro de 2023.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Improbidade administrativa – Licitação para contratação de obras de reforma em imóvel alugado pelo Município de Campinas para posterior restituição ao locador em condições originárias – Alteração informal do projeto inicialmente licitado, em razão da superveniente modificação das necessidades reparatórias do bem locado – Inexistência de danos ao erário – Efetiva prestação dos serviços contratados – Preservação do interesse público – Elemento volitivo doloso afastado – Regularidade do certame licitatório – Atos ímprobos não configurados, à luz da recente alteração da Lei de Improbidade Administrativa – Tese vinculante firmada no Tema nº 1.199 de Repercussão Geral do E. STF – Jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça – Sentença de procedência reformada para julgar improcedentes os pedidos – Recursos de ape-

Acesso ao Sumário

lação dos correqueridos providos, apelo ministerial desprovido.
Demanda conexa de ressarcimento ao erário – Julgamento conjunto – Risco de prolação de decisões conflitantes – Inteligência do art. 55, do CPC – Comprovada ausência de prejuízos ao patrimônio público – Obras de reformas prestadas a contento, embora de forma diversa do projeto original – Desfecho consequencial à solução adotada na demanda de improbidade administrativa – Sentença de procedência reformada para julgar improcedentes os pedidos – Apelos dos codemandados providos.

VOTO

Apelações cíveis manejadas nos **autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114** pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo**, por **André Gerin** e por **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP**, referentes ao processo civil público de responsabilização por atos de **improbidade administrativa** movido pelo órgão ministerial em face dos demais apelantes e outros, os quais tramitaram perante a 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Campinas, cujos pedidos foram julgados **procedentes** para condenar **André Gerin** e **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP**, solidariamente, ao pagamento de **R$ 74.582,74** (setenta e quatro mil, quinhentos e oitenta e dois reais e setenta e quatro centavos), a título de **reparação de danos ao erário**, monetariamente atualizado desde o ajuizamento, bem como ao pagamento de **multa civil** sob o mesmo valor, e ainda à **suspensão dos direitos políticos** de André Gerin pelo prazo de oito anos, além da **proibição de contratar** RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritária, pelo prazo de cinco anos. Por fim, os pleitos aduzidos em face de **Ellen Cristina Ângelo Costa Lino**, **Adriane Aparecida Zanetini** e **Luis Enrique Lucchezi** foram julgados improcedentes.

Esclareceu-se, ainda, em sede de decisão que acolheu embargos declaratórios, que o codemandado **José Rogério da Silva** não foi incluído no polo passivo, haja vista que a empresa RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP se encontrava em atividade, com patrimônio próprio, a afastar a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica (sentença de fls. 3.253/3.257, integrada a fls. 3.283 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

Vindica o **Ministério Público do Estado de São Paulo** apelante, em síntese, a parcial reforma da sentença a fim de que julgados integralmente procedentes os pedidos, reconhecendo-se a prática dos atos de improbidade admi-

Acesso ao Sumário

nistrativa também pelos demais codemandados José Rogério da Silva, Ellen Cristina Ângelo Costa Lino, Adriane Aparecida Zanetini e Luís Henrique Lucchezi, condenando-os nos termos pleiteados na petição inicial. Sustenta que os membros da comissão de licitação concorreram para a consumação dos atos de improbidade, visto que, podendo evitá-los, nada fizeram (fls. 3.319/3.332 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

Por vez, apela **André Gerin** pugnando, inicialmente, pela concessão de gratuidade judiciária. Objetiva a desconstituição do julgado, ao aduzir, em síntese, que os fatos suscitados pelo órgão ministerial, adotados como motivação da sentença condenatória, não são capazes de demonstrar ato ímprobo por parte do apelante, especialmente porque não há certeza da prática das condutas, tampouco culpa grave ou intenção de lesionar o erário. Ressalta que a própria sentença ressalvou que não há provas do repasse de valores à Sra. Creimary, antiga proprietária do imóvel, assim como não restou claro se o objeto da reforma foi, de fato, alterado. Logo, não houve a demonstração de culpa ou dolo a sustentar a condenação, a qual foi lastreada em juízo de dúvida e não de certeza (fls. 3.340/3.365 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

Apela ainda **R.Z.C. Engenharia e Construção Ltda. EPP**, objetivando, igualmente, a desconstituição da sentença, sustentando a inexistência de conduta ímproba, tampouco lesão aos cofres públicos. O imóvel foi saqueado e depredado antes do início das reformas à cargo da empresa apelante, sobrevinda a necessidade de maiores reparos, resultando em acordo com os agentes públicos municipais no sentido de se realizarem reformas não previstas no edital original de licitação (fls. 3.370/3.385 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

Recursos tempestivos, bem processados e contrariados (fls. 3.393/3.414, 3.417/3.426, 3.427/3.423, 3.438/3.444, 3.447/3.451 e 3.452/3.471 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

Distribuídos os autos à C. 10ª Câmara de Direito Público, sobreveio o não-conhecimento do recurso, com determinação de remessa dos autos para esta Relatoria, em razão da prevenção firmada nos autos do mandado de segurança nº 1002781-39.2014.8.26.01141 (fls. 3.654/3.657 e 3.659 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

Intimadas, as partes litigantes se manifestaram sobre a superveniente Lei Federal nº 14.230/2021 (fls. 3.669, 3.674/3.680, 3.683/3.686 e 3.688/3.689 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

O apelante André Gerin foi intimado à juntada de documentação tendente à demonstração da alegada hipossuficiência econômico-financeira, sobrevinda a apresentação de documentos (fls. 3.692, 3.695/3.754 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

O apelante André Gerin requereu a conversão do julgamento em diligência, a fim de que cumprida prévia ordem de levantamento de restrição em auto-

móvel objeto de sinistro, com perda total, dando-se cumprimento a prévia decisão nesse sentido proferida em primeiro grau, sucedendo a remessa dos autos ao Juízo *a quo*, com o efetivo cumprimento da determinação (fls. 3.761/3.762, 3.768, 3.772, 3.833 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

A **E. Procuradoria-Geral de Justiça** manifestou-se pelo desprovimento dos recursos dos demandados e provimento do apelo ministerial (fls. 3.845/3.849 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

O apelante André Gerin reiterou manifestação no sentido de que não comprovado o elemento volitivo dolo, a impor absolvição dos atos ímprobos contra si imputados, destacando o entendimento firmado no recente julgamento do Tema nº 1.199 de Repercussão Geral do E. Supremo Tribunal Federal (fls. 3.853/3.854 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

Intimadas, as partes litigantes manifestaram- se sobre o **superveniente** julgamento do **Tema nº 1.199 de Repercussão Geral do E. Supremo Tribunal Federal** (fls. 3.855/3.856, 3.861/3.872, 3.876/3.877 e 3.879/3.881 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

Em paralelo, quanto ao processo conexo nº 1019817-60.2015.8.26.0114 (julgamento conjunto), trata-se de apelações cíveis de **André Gerin** e de **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP** nos autos de **demanda de ressarcimento de danos ao erário** que lhes move a **Municipalidade de Campinas**, os quais tramitaram perante a 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Campinas, cujos pedidos foram julgados procedentes para condená-los, solidariamente, ao ressarcimento do valor integral do contrato de reformas objeto da licitação, a título **de reparação de danos ao erário** (fls. 1.151/1.153, integrada a fls. 1.166 dos autos nº 1019817-60.2015.8.26.0114).

Vindica o apelante **André Gerin** a desconstituição da sentença, pugnando, inicialmente, pela concessão de gratuidade judiciária. Argui preliminar de falta de interesse de agir da Municipalidade, em razão da pendência do julgamento de demanda de responsabilização por atos de improbidade administrativa, intentada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com **idêntico** pedido de ressarcimento do erário municipal, sob o mesmo valor. Quanto ao mérito, sustenta ausência de certeza a permitir a condenação do apelante. Não houve o preenchimento dos requisitos à configuração de responsabilidade civil. A conduta do agente público não se revestiu de dolo ou culpa grave, inexistindo dano ao patrimônio público. Houve substancial alteração das condições sob as quais inicialmente licitado o projeto de reformas no imóvel (fls. 1.168/1.191 dos autos nº 1019817-60.2015.8.26.0114).

Por vez, apela **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP** objetivando a reforma do julgado, aduzindo os mesmos argumentos suscitados na apelação interposta na demanda conexa (processo nº 1000463-15.2016.8.26.0114), quais sejam, em suma, a inexistência de conduta ímproba, tampouco de lesão aos co-

Acesso ao Sumário

fres públicos (fls. 1.206/1.221 dos autos nº 1019817-60.2015.8.26.0114).

Recursos tempestivos, bem processados e contrariados (fls. 1.231/1.248 dos autos nº 1019817-60.2015.8.26.0114).

A **E. Procuradoria-Geral de Justiça** manifestou-se pelo desprovimento dos recursos (fls. 1.262/1.270 dos autos nº 1019817-60.2015.8.26.0114).

Distribuídos os autos à C. 10ª Câmara de Direito Público, sobreveio o não-conhecimento do recurso, com determinação de remessa dos autos para esta Relatoria, em razão da prevenção firmada nos autos do mandado de segurança nº 1002781-39.2014.8.26.01141 (fls. 1.353/1.355 dos autos nº 1019817-60.2015.8.26.0114).

Intimadas, as partes litigantes manifestaram-se sobre o superveniente julgamento do **Tema nº 1.199** de **Repercussão Geral do E. Supremo Tribunal Federal** (fls. 1.372/1.373 e 1.376/1.379 dos autos nº 1019817-60.2015.8.26.0114).

Tal, em abreviado, o relatório.

De proêmio, esclareça-se que o presente voto compreende o **julgamento conjunto** dos apelos interpostos nos processos nº **1000463-15.2016.8.26.0114** (demanda de responsabilização por atos de improbidade administrativa intentada pelo Ministério Público) e nº **1019817-60.2015.8.26.0114** (demanda de ressarcimento ao erário ajuizada pelo Município de Campinas).

Com efeito, a providência se justifica a partir do pedido formulado pelo **Ministério Público** ao requerer a **reunião** dos respectivos processos para julgamento simultâneo, a fim de **evitar a prolação de decisões conflitantes**, sob o argumento de que ***os fatos apurados nas respectivas ações se encontram compreendidos no objeto da ação principal de improbidade administrativa, cumulada com pedido de ressarcimento ao erário*** (trecho da manifestação ministerial de fls. 3.183 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

Por certo, considerando que o pleito indenizatório aduzido pela **Municipalidade de Campinas** na **ação de ressarcimento nº 1019817-60.2015.8.26.0114** se encontra reproduzido dentre os pedidos declinados pelo **Ministério Público** na **ação de improbidade administrativa nº 1000463-15.2016.8.26.0114**, a reunião dos processos por **conexão** é a medida que se impõe.

Acesso ao Sumário

A respeito, dispõe o art. 55, *caput*, do CPC que ***Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.***

De todo modo, ainda que não se cogitasse da existência de identidade entre os pedidos e a causa de pedir, certo é que a reunião dos processos se justificaria a partir da regra do § 3º do referido art. 55 do Estatuto Processual, no sentido de que ***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.***

Feitas tais observações, ainda em sede prefacial, insta apreciar o pedido de **gratuidade judiciária**, formulado pelo recorrente **André Gerin** nos recur-

sos de apelação interpostos em ambos os processos, reconhecendo-lhe o direito ao almejado benefício.

Consoante se depreende do **art. 99, § 3º, do CPC**, a mera alegação, deduzida por pessoa natural, de insuficiência de recursos para pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios é presumidamente verdadeira.

Salienta-se, por oportuno, que o novo édito processual brasileiro não se divorcia, nesse ponto, da interpretação dada ao **art. 4º**, ***caput*,** da **Lei Federal nº 1.060/50**, revogado a partir da vigência do referido **Código**.

No entanto, tal presunção é apenas relativa, vez que a **Constituição da República Federativa do Brasil**, no **art. 5º, inc. LXXIV**, reconhece a necessidade de comprovação da insuficiência, ao dispor que ***o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.***

Nesse condado, forçoso convir que a concessão do benefício da assistência judiciária é plenamente possível e garantida constitucionalmente, desde que comprovada a hipossuficiência financeira.

Na espécie, **André Gerin**, servidor público municipal, comprovou que percebe rendimentos brutos anuais que não superam setenta e cinco mil reais, o que equivale a **menos de cinco salários mínimos mensais líquidos**, consoante mais recente declaração de imposto apresentada (fls. 3.750/3.754 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.011).

Ademais, o postulante é detentor de modesto patrimônio, correspondente a uma casa de cento e cinquenta mil reais e aplicações financeiras de aproximados dois mil reais (declaração de bens e direitos de fls. 3.749 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

Sob tais circunstâncias, autoriza-se a inferência que, de fato, o apelante não disporia de condições de arcar, sem prejuízo do próprio sustento material, com as custas e despesas processuais relacionadas à demanda.

Nessa trilha, necessário pontuar que a negativa de concessão do benefício almejado, na vertente dos autos, implicaria em obstrução de acesso ao Judiciário (**art. 5º, XXXV**, da **CRFB**).

Outrossim, tratando-se de presunção relativa, imperioso rememorar que a parte contrária pode, a qualquer fase do processo, impugnar a concessão da benesse.

Destarte, impõe-se a **concessão** do benefício da gratuidade judiciária em favor do apelante **André Gerin**, nos termos da fundamentação supra.

Em continuidade à análise das questões que antecedem ao mérito, quanto às preliminares arguidas pelos apelantes, notadamente a referente à falta de interesse de agir do Município na demanda indenizatória, aplicar-se-á a regra do **art. 488, parágrafo único, do CPC**, de acordo com o qual ***Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem***

Acesso ao Sumário

aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485.

Passo à análise do mérito.

Dessume-se dos autos do **processo nº 1000463-15.2016.8.26.0114** que o **Ministério Público do Estado de São Paulo** objetiva a **responsabilização por atos de improbidade administrativa** alegadamente praticados por **André Gerin, RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP, Ellen Cristina Ângelo Costa Lino, Adriane Aparecida Zanetini, Luis Enrique Lucchezi** e **José Rogério da Silva**, sob a imputação de lesão ao erário e ofensa aos princípios da administração pública.

Sustenta o órgão ministerial, em síntese, que, no curso de licitação na modalidade carta-convite, deflagrada com vistas à execução de **obras de reparos** em **imóvel particular locado** pelo **Município de Campinas**, destinado ao funcionamento de uma **escola pública de educação infantil**, por ocasião do **término do contrato de locação e devolução ao proprietário** sob as **condições em que originalmente alugado o bem**, sob o valor histórico de **R$ 74.582,74**, com prazo de conclusão da reforma em trinta dias, sagrou-se vencedora a correqueRida **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP.**

Adjudicado o objeto da licitação e iniciada a execução do contrato, muito embora tenha sido expedida declaração formal do proprietário do imóvel no sentido da conclusão das obras, alega o *Parquet* que **as reformas não teriam ocorrido de acordo com o formato originalmente projetado**, implicando tipificação da conduta no ilícito de **aplicação irregular de verbas públicas**, previsto no art. 10, inc. XI, da Lei de Improbidade Administrativa.

Ademais, teria havido suposto **direcionamento do certame**, uma vez que três das quatro licitantes cadastradas não haviam sido convidadas e duas delas foram inabilitadas por não terem apresentado documentação regular. As propostas eram muito similares na forma, a evidenciar que teriam sido elaboradoras por um mesmo proponente.

Em que pese à tese ministerial, não se vislumbra, no caso vertente, a prática de atos de improbidade administrativa, à luz da nova redação conferida pela **Lei Federal nº 14.230/21** à **Lei Federal nº 8.429/92** (Lei de Improbidade Administrativa).

Acesso ao Sumário

A propósito, no julgamento do **Tema nº 1.199 de Repercussão Geral** (ARE 843989, j. 18/8/2022) o **E. Supremo Tribunal Federal** fixou as seguintes teses de observância obrigatória:

> ***1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo – DOLO;***
>
> *2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo*

incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei. (destaca-se)

Depreende-se das supracitadas teses vinculantes, para os fins que interessam ao julgamento das presentes demandas conexas, que, doravante, **em todas as modalidades de atos ímprobos**, necessária se faz a comprovação do **elemento subjetivo dolo**, não havendo mais hipóteses de atos de improbidade **culposos**.

Verifica-se, ainda, que as novas disposições legais instituídas pela mencionada Lei Federal nº 14.230/21 aplicam-se **retroativamente** aos atos praticados na vigência da lei anterior, desde que não tenha havido condenação transitada em julgada, como na espécie dos presentes autos, em que pende de julgamento recursos interpostos em face de sentença condenatória, proferida sob a égide da legislação pretérita mais rigorosa.

Partindo-se de tais premissas, cinge a controvérsia recursal à **aferição do elemento subjetivo dolo**, de agora em diante **pressuposto legal à configuração de atos ímprobos.**

Respeitada a convicção do combativo Promotor de Justiça, infere-se que não se reveste de cariz doloso o núcleo da conduta em torno da qual se materializaria a ilicitude da série de atos supostamente atentatórios à probidade administrativa, qual seja a atuação perpetrada pelos codemandados **André Gerin** e **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP**, conforme adiante se passará a demonstrar.

Pois bem.

Breve remissão ao histórico do contexto fático objeto de imputação, cura-se, no princípio, de procedimento licitatório deflagrado com vistas à reforma de imóvel particular locado ao poder público municipal para instalação de uma creche infantil, o qual, após término do contrato de locação, deveria ser devolvido à proprietária locadora, Sra. Creimary Aparecida de Lima nas mesmas condições em que fora alugado, donde a necessidade de obras de reparos no bem.

A empresa vencedora no certame, **RZC Engenharia e Construção Ltda**, após adjudicação do objeto da licitação, foi notificada em decorrência da demora na conclusão das obras.

André Gerin, então servidor público municipal de Campinas, teria atestado, sob a ótica ministerial, a execução dos serviços não concluídos pela em-

Acesso ao Sumário

presa licitada, bem como permitido o pagamento do valor do contrato antes da conclusão das respectivas obras, incorrendo, segundo a imputação do *Parquet*, dentre outros tipos, primordialmente no ilícito da **aplicação irregular de verbas públicas**, previsto no art. 10, inc. XI, da Lei de Improbidade Administrativa, com causação de prejuízo ao erário.

A condenação decretada em primeiro grau dos codemandados **André Gerin** e **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP** lastreia-se, em síntese, no enquadramento da conduta do primeiro ao **art. 10, inc. XI da Lei Federal nº 8.429/92** (*liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular*), sob o fundamento, nas palavras do Juízo sentenciante, de que "ao atestar a conclusão de uma obra, sendo que outra foi realizada, não havendo comprovação de que ambas possuíssem o mesmo valor, concorreu para a aplicação irregular da verba empenhada." (fls. 3.255 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114 – trecho da fundamentação da sentença condenatória).

Quanto à tipificação da conduta da segunda requerida, **RZC Engenharia e Construção Ltda**, por vez, entendeu o Magistrado que "foi a beneficiária do ato ao qual não poderia ter anuído, e por tal motivo deve também ser responsabilizada." (fls. 3.255 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114 – trecho da fundamentação da sentença condenatória).

Ao se quantificarem as respectivas penas, ambos os requeridos, André Gerin e RZC Engenharia e Construção Ltda., foram solidariamente condenados ao **integral ressarcimento do valor do contrato**, equivalente a históricos **R$ 74.582,74** (setenta e quatro mil, quinhentos e oitenta e dois reais e setenta e quatro centavos), além do pagamento de multa civil sob o mesmo valor, suspensão dos direitos políticos por oito anos (apenas o primeiro requerido) e proibição de contratar com o poder público por oito anos (apenas a segunda requerida).

Vale destacar, ao motivar o enquadramento da conduta na figura típica da aplicação irregular de verbas públicas, entendeu a sentença que "Ambos admitem que a obra realizada não foi a mesma licitada. Sustentam que assim o fizeram porque, ao longo do período de tramitação do procedimento licitatório, o imóvel foi invadido e depredado, de modo que, quando do início das obras, as necessidades já não eram mais as mesmas da época da licitação. Dizem que foi feita uma reforma, no exato valor da contratação, mas com outro objeto. Embora seja certo que alguma reforma foi feita (assim o diz, por exemplo, a testemunha José Ronaldo de Oliveira, que adquiriu o imóvel no estado em que se encontrava), não há como saber, não prestando a tanto as genéricas declarações colhidas em juízo, exatamente o que foi feito e quanto foi gasto. E, mais do que isso, não poderiam os requeridos ter alterado por sua vontade o objeto do contrato, sem qualquer formalização (que é a garantia da legalidade do ato), ainda que

Acesso ao Sumário

sob o argumento de evitar maior dano para o Município com a continuidade do pagamento dos aluguéis" (fls. 3255 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114).

Assim, depreende-se que a tipificação da conduta de aplicação irregular de verbas públicas dos requeridos André Gerin e RZC Engenharia e Construção Ltda. se sustenta na constatação de teria havido confessa **modificação, sem as devidas formalidades procedimentais, do projeto originalmente licitado das obras de reforma no imóvel previamente locado.**

Ocorre que o acervo fático probatório demonstra que a **informal modificação da execução do projeto original** objeto de licitação se destinou ao efetivo atendimento do interesse público, porquanto há elementos concretos de prova no sentido de que o imóvel se encontrava **abandonado** desde a **desativação do estabelecimento escolar**, sujeito a constantes **depredações** e **saqueamentos**, de forma que o **valor inicial da reforma não mais correspondia à dimensão dos reparos agora necessários.**

A propósito, em atenção ao argumento de que não teria havido lavratura de boletim de ocorrência da invasão e depredação do imóvel posteriormente ao fechamento da escola pública, consta dos autos da conexa ação indenizatória depoimento da então Diretora Educacional, Sr. Maria José Manoel, afirmando que "**a casa antiga em que funcionava a EMEI Jardim Encantado, Rua Paulo Provença Sobrinho, encontra-se a mercê de pessoas estranhas, arrombaram portas, estão retirando fiação, pias, vasos sanitários.**" (fls. 658 dos autos nº 1019817-60.2015.8.26.0114).

Nesse contexto, credibilidade há de se conferir à tese da apelante **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP** no sentido da inexistência de má-fé, tampouco de prejuízo ao erário.

Ora, face à **superveniente alteração do estado do imóvel**, com incremento das necessidades reparatórias e do próprio orçamento licitado, verossímil a versão dos fatos defendida pela empreiteira de que teria concordado com a modificação informal do projeto e bem executado as reformas até o limite do valor do contrato adjudicado, a fim de que se evitasse maior protelação na devolução do imóvel e continuidade do pagamento de alugueres pelo Município, providências que, ao contrário de causarem danos ao erário, resultaram em verdadeira economia para os cofres públicos.

Em verdade, sob tais peculiares circunstâncias, **pouco importaria discutir se as obras foram executadas desta ou daquela maneira, mais se prestando ao deslinde da controvérsia aferir se o interesse público foi ou não atendido.**

E a resposta, inegavelmente, é afirmativa.

De fato, não há notícias nos autos de que, após o encerramento da locação e entrega do imóvel , a proprietária tenha reclamado qualquer intervenção da municipalidade locatária no sentido de se promoverem ulteriores reparos,

Acesso ao Sumário

denotando satisfação com o estado do imóvel restituído ao término do contrato de aluguel, **resolvendo-se de pleno direito o negócio jurídico subjacente** que, em princípio, deu azo à instauração de licitação para contratação de reformas no imóvel, antes de devolvê-lo em **condições originais** ao locador.

Convinhável, o acervo fático probatório indica que os **serviços contratados** de reforma no imóvel para restituí-lo no estado primevo ao locador **foram efetivamente prestados**. Mais ainda, foram executados a **contento**.

Aliás, por não se vislumbrar hipótese de dano ao erário (do contrário, como já visto nas linhas anteriores, evidencia-se verdadeira economia ao patrimônio municipal), a vertente dos autos apresenta situação que autorizaria, a critério do gestor público competente, a própria **convalidação** do ato administrativo informal que culminou na execução das obras de reforma em desconformidade com o projeto originalmente licitado.

A respeito da convalidação, leciona o escol de CARVALHO FILHO que *Não obstante, é preciso reconhecer que a análise da adequação da forma à lei exige carga de comedimento e razoabilidade por parte do intérprete. Em consequência, haverá* ***hipóteses em que o vício de forma constitui, em última instância, mera irregularidade sanável, sem afetar a órbita jurídica de quem quer que seja; em tais casos não precisará haver anulação, mas simples correção, o que se pode formalizar pelo instituto da convalidação do ato****"* [1].

No mesmo sentido, a **Lei Federal 9.784/99**, norma regente do processo administrativo em âmbito federal e que orienta a edição das correlatas leis locais, disciplina no respectivo art. 55 que *Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros,* ***os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração*** (destaca-se).

Em paralelo, forçoso registrar ainda que não houve comprovação do propalado repasse do valor de R$ 27.000,00 para a proprietária do imóvel, Sra. Creimary Aparecida de Lima, como forma de pretensa "quitação" pelos reparos supostamente não realizados, fatos não confirmados nem mesmo pela **quebra do sigilo bancário** decretado na medida cautelar incidental, conforme bem observado pelo Juízo de primeiro grau.

Nesse ponto, acresça-se ainda que não consta a assinatura da declarante no termo lavrado no processo administrativo disciplinar, por meio do qual Sra. Creimary teria confessado o recebimento do numerário, conforme se verifica, claramente, **do campo em branco "declarante"** no documento de fls. 381/382 dos autos nº 1000463-15.2016.8.26.0114.

Destarte, por qualquer ângulo que se enquadre a controvérsia, tem-se que o **conjunto da obra** aponta para a segura conclusão de que **não houve dolo** na atuação dos agentes públicos e particulares envolvidos, **tampouco causação de**

Acesso ao Sumário

1 CARVALHO FILHO, Jose dos santos. Manual de direito administrativo. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

prejuízo aos cofres públicos, havendo, quando muito, mera inobservância dos requisitos formais à alteração do projeto original das obras de reforma inicialmente licitadas.

Logo, quanto à conduta de aplicação irregular de verbas públicas prevista na Lei de Improbidades, base para a condenação dos requeridos **André Gerin** e **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP** no processo nº 1000463-15.2016.8.26.0114 (demanda de responsabilização por supostos atos de improbidade), **não houve comprovação da intenção de malferir o patrimônio público e tampouco se constata a existência de danos ao erário,** não se caracterizando o elemento volitivo doloso, indispensável, à luz da *novel* legislação, à configuração de atos ímprobos.

Nesse sentido, a recente jurisprudência deste **E. Tribunal de Justiça**, erigida posteriormente à vigência da **Lei Federal nº 14.230/21** e ao julgamento do **Tema nº 1.199** de **Repercussão do E. Supremo Tribunal Federal**:

> **APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – Recurso Extraordinário e Recurso Especial – Juízo de retratação – Ação Civil Pública – Necessidade de adequação em face do julgamento, pelo E. STF, no RE nº 843.989/PR – Art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, que não mais admite a figura culposa, conforme as alterações da Lei nº 14.230/2021, e que, ante a tese fixada no Tema 1.199/STF, não mais se admite condenação por improbidade culposa em processos em curso – Incursão no exame de culpa, pois, despicienda, analisando-se a imputação apenas na modalidade dolosa – Contratação direta – Ausência de regularidade formal no procedimento de dispensa de licitação – Serviços que foram efetivamente prestados – Ilegalidades vislumbradas, todavia, não configurado ato ímprobo – Desvio de finalidade, má-fé ou dolo dos réus não comprovados – Ausência de prova de prejuízo ao erário, conluio, desvio de conduta, esquema fraudulento, ato imoral ou enriquecimento sem causa – Improbidade não configurada – Sentença de parcial procedência reformada para o decreto de improcedência da demanda – DECISÃO RETRATADA, para DAR PROVIMENTO ao recurso dos réus.** (TJSP; Apelação Cível 0627489-72.1998.8.26.0100; Relator: Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/04/2023; Data de Registro: 17/04/2023 – g.n.)
>
> **APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PIRES. 1. Cerceamento de defesa e violação ao princípio da congruência. Inocorrência. Preliminares rejeitadas. 2. MÉRITO. Alegação de prática de atos de improbidade administrativa consistentes na desapropriação irregular de imóvel, ilegalidade na condução do leilão de venda posterior e destinação do dinheiro arrecadado com aplicação do montante em**

Acesso ao Sumário

fins diversos do que autorizado pela lei, tipificados nos artigos 10, inciso IX e 11, ambos da Lei nº 8.429/92. Pretensão à condenação dos réus às sanções previstas no artigo 12, incisos II e III, do mesmo diploma legal. Descabimento. Ausente demonstração de dolo, má-fé, enriquecimento ilícito do agente público ou favorecimento indevido a terceiro. Eventuais irregularidades que não configuram ato de improbidade administrativa. Exegese do disposto nos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992, com a redação atribuída pela Lei nº 14.230/2021. Precedentes. 3. Improcedência da ação. Reforma da sentença. 4. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1001912-28.2018.8.26.0505; Relator: Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Pires - 2ª Vara; Data do Julgamento: 12/07/2023; Data de Registro: 13/07/2023 – g.n.)

Demais a mais, afastado o dolo inerente ao núcleo da atuação inquinada de ímproba, perpetrada pelos citados requeridos **André Gerin** e **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP**, não subsiste igualmente a **imputação acessória** necessariamente **consequencial** dos demais demandados **Ellen Cristina Ângelo Costa Lino, Adriane Aparecida Zanetini** e **Luis Enrique Lucchezi** e **José Rogério da Silva**, a esvaziar as teses recursais do apelo ministerial que visavam à integral procedência dos pedidos formulados no processo civil público de responsabilização por atos de improbidade administrativa.

Por fim, ratifica-se a sentença no tópico em que excluída irregularidade no procedimento de licitação que culminou na contratação de RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP.

Decerto, não havia ilicitude na participação exclusiva de outras empresas que não aquelas inicialmente endereçadas na carta convite e que não atenderam ao chamamento inicial, a teor da possibilidade de extensão aos demais interessados cadastrados, prevista no art. 22, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/96[2].

Outrossim, a aparente identidade na formatação das propostas, por si só, não conduz à irregularidade de tal monta suficiente à decretação da nulidade do procedimento, podendo ser razoavelmente justificada a partir da corriqueira prática de empregar formulários padronizados pelos concorrentes, em especial ao relevar que não havia outros elementos indicativos de conluio entre os licitantes ou fraude, conforme oportuna observação do Juízo *a quo*.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, quanto ao **processo nº 1000463-15.2016.8.26.0114**, afastada a hipótese da atuação dolosa dos correqueridos **André Gerin** e **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP**, da ocorrência de danos ao erário municipal, da pretensa irregularidade do certame licitatório e, por conseguinte, da

2 § 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

suposta ilicitude da conduta periférica dos demais demandados **Ellen Cristina Ângelo Costa Lino, Adriane Aparecida Zanetini, Luis Enrique Lucchezi** e **José Rogério da Silva**, não há se falar na prática de atos de improbidade administrativa sob a vigência (obrigatoriamente retroativa) da Lei Federal nº 14.230/21, consoante tese vinculante firmada no supracitado **Tema nº 1.199** de **Repercussão Geral** do **E. Supremo Tribunal Federal**, a impor a reforma da sentença condenatória para julgar improcedentes os pedidos formulados pelo **Ministério Público de São Paulo** na demanda civil pública, sem condenação do autor ao pagamento de honorários advocatícios, a teor do art. 23-B, § 2º, da Lei Federal nº 8.429/92.

Como consectário lógico do julgamento da demanda ajuizada pelo **Ministério Público**, excluída a hipótese da existência de danos ao erário, impõe-se igual desfecho de **improcedência** dos pedidos formulados na **demanda indenizatória conexa** promovida pela **Municipalidade de Campinas** em face de **André Gerin** e **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP (processo nº 1019817-60.2015.8.26.0114).**

Deveras, a premissa adotada pelo Juízo a quo para motivar a condenação dos requeridos no feito conexo cingia-se ao simplista fundamento de que os demandados teriam admitido que as reformas foram executadas de forma diversa da contratada, circunstância que, sob a ótica do Magistrado, seria "suficiente para caracterizar o dolo ou, ao menos, a culpa grave", de modo que "a verba pública teve outra destinação que não aquela para a qual foi empenhada, sendo devida a restituição" da integralidade do valor corrigido do contrato, então correspondente a atualizados R$ 99.858,75 (fls. 1.151/1.1553 e 1.166 dos autos nº 1019817-60.2015.8.26.0114).

Conforme alhures esmiuçado no presente voto, malgrado tenha havido alteração na forma de execução do projeto de obras originalmente licitado, o **interesse público foi devidamente atendido e não houve danos ao patrimônio público municipal**, denotando-se a **efetiva prestação dos serviços**, conquanto de **forma diversa** daquela inicialmente idealizada.

Do contrário, reafirme-se, evidenciou-se ter havido verdadeira economia aos cofres públicos, prevenindo-se, a um só tempo, maiores deteriorações do imóvel a ser restituído ao proprietário locador e a protelação indefinida do pagamento de alugueres, resolvendo-se pacificamente o negócio jurídico subjacente da locação.

Ante o exposto, quanto ao **processo conexo nº 1019817-60.2015.8.26.0114 (demanda indenizatória promovida pela Municipalidade de Campinas)**, impositiva a **reforma** da **sentença de procedência** que condenou **André Gerin** e **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP** à restituição da íntegra do valor atualizado do contrato de reformas no imóvel, julgando-se **improcedente** o res-

Acesso ao Sumário

pectivo pedido de ressarcimento ao erário, com a condenação da **Municipalidade de Campinas** ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I, do CPC, além do reembolso de despesas processuais comprovadas, na forma da lei.

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento serão realizados por meio de sessão virtual permanente.

Postas tais premissas, por meu voto, em **julgamento conjunto**, **dá-se provimento** aos apelos de **André Gerin** e **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP** e **nega-se provimento** à apelação do **Ministério Público** no **processo nº 1000463-15.2016.8.26.0114**; e **dá-se provimento** aos apelos de **André Gerin** e **RZC Engenharia e Construção Ltda. EPP** no **processo conexo nº 1019817-60.2015.8.26.0114**, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009314-90.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA ZAFFARI COMÉRCIO E INDÚSTRIA, é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.198)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), ERBETTA FILHO e SILVA RUSSO.

São Paulo, 9 de novembro de 2023.

RAUL DE FELICE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação anulatória – Município de São Paulo – IPTU do exercício de 2020 – Pretensão de retificação do tipo de padrão de construção imobiliário e fator de redução por obsolescência do imóvel –Laudo pericial judicial conclusivo de que o imóvel da autora se enquadra no padrão construtivo "4C" e que o índice do fator de obsolescência para o ano de 2020 é "0,94" – Elementos trazidos aos autos incapazes de infirmar a prova técnica realizada – Determinação da correção do enquadramento em relação ao padrão construtivo e fator de obsolescência

apurados em perícia judicial – Sentença parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto pela **COMPANHIA ZAFFARI COMÉRCIO E INDÚSTRIA** em face da sentença de fls. 1914/1939 declarada às fls.1957 que julgou improcedente a ação anulatória por ela ajuizada em face da **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO** por considerar correto o percentual de obsolescência de 0,94, indicado pela perícia judicial, bem como o padrão de construção 4 E, adotado pela prefeitura, não aquele preconizado pela autora (4 B). Condenou a autora em custas, despesas processuais e honorários advocatícios nos percentuais mínimos de que trata o art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil incidente sobre o valor da ação, atualizado do ajuizamento e considerando o valor do salário mínimo à época.

Apela a autora sustentando, em resumo, que o IPTU do exercício de 2020, assim como ocorreu em anos anteriores, foi calculado com base em tipo e padrão de construção (4-E), em desacordo com os artigos 11 e 15 da Lei Municipal nº 10.235/86; a área predominante da construção consistente no estacionamento representa 61,68% do total, de padrão diverso das demais áreas construídas; não se trata de simples vagas de garagem acessórias ao centro comercial como entende o município, mas é um dos serviços específicos oferecidos pelo Shopping, havendo independência e desvinculação como área acessória das lojas do empreendimento, portanto, inaplicável unicamente o parágrafo primeiro do artigo 15 da Lei 10.235/86; aduz que o equívoco da prefeitura na classificação do padrão de construção do imóvel já foi objeto de três perícias judiciais em três processos de anulação de lançamento de IPTU e, nos três laudos foram apresentadas conclusões diferentes quanto à classificação do padrão de construção: na presente ação apurou-se o padrão C, a ação nº 1056837-35.2019.8.26.0053 apontou padrão D e nos autos da ação nº 1008558-47.2021.8.26.0053, foi classificado em padrão B, requerendo que a edificação em tela seja ajustada, em tipo e padrão de construção 4B (perícia da apelante) ou 4C (perícia judicial) e não 4E como lançado pela municipalidade; alega, ainda, que há desajuste no cálculo do fator de obsolescência, pois a legislação estabelece que a idade do prédio deve corresponder "à diferença entre o exercício a que se refere o lançamento tributário e o ano do término da construção", conforme disposto no artigo 16 da Lei 10.235/1986; todavia a perícia concluiu pela idade do prédio como sendo oito anos e por conseguinte o seu fator igual a 0,94; as construções/reformas no imóvel ao longo do tempo não foram substanciais a fim de registrar uma alteração na idade do imóvel, que deve corresponder a doze anos, e não oito anos como pretende a Municipalidade. Requer a reforma da r. sentença para anular o

Acesso ao Sumário

lançamento de IPTU do exercício de 2020, uma vez que a perícia concluiu que predomina a área enquadréavel no padrão de construção C.

Contrarrazões a fls.2030/2036.

Recurso tempestivo e preparado (fls.2007/2008).

É O RELATÓRIO.

O recurso comporta parcial provimento.

A autora objetiva a anulação do IPTU do exercício de 2020 incidente sobre seu imóvel contribuinte nº 022.086.0192-0 localizado à Rua Palestra Itália, nº 500, Água Branca, São Paulo (Bourbon Shopping), alegando a adoção pela municipalidade de critério incorreto na classificação do padrão de construção do imóvel/idade como "4E", o que implicou no aumento exagerado do tributo, entendendo como correta a classificação no padrão "4B"; como fator de obsolescência pretende o fator 0,90 em detrimento do fator 0,94 lançado pela prefeitura, ou se assim não for entendido, seja produzida prova pericial técnica capaz de verificar o correto enquadramento do imóvel e os exatos padrões. Deu à causa o valor de R$16.974.114,90.

Ante o depósito da primeira parcela do IPTU, foi deferida a suspensão da exigibilidade do crédito discutido, com a emissão da CPEN e vedação de inscrição do débito no CADIN, protesto ou de imposição à autora de qualquer constrição ou restrição em face da exação, com efeito sobre os valores que vierem a ser depositados, desde que integrais e no prazo (fls.1045/1046).

Em contestação às fls.1085/1103 a municipalidade defende o enquadramento do imóvel no tipo 4E, argumentando, que o enquadramento da construção é realizado "*em função da sua área predominante, e no padrão de construção cujas características mais se assemelhem as suas*", conforme artigo 15 da Lei Municipal nº 10.235/86.

Após a produção de Laudo Pericial (fls.1282/1347 e esclarecimentos de fls.1762/1771), sobreveio a r. sentença que entendeu correto o padrão construtivo escolhido pela prefeitura, por representar a área franqueada aos consumidores e, portanto, ligada diretamente às finalidades do empreendimento, bem como adequado o fator de obsolescência de 0,94 conforme indicado pela perícia judicial. Em consequência julgou improcedente a ação.

Sem embargo do entendimento adotado pela r. sentença, o recurso comporta parcial acolhimento quanto ao padrão construtivo adotado pela prefeitura.

A Lei Municipal nº 10.235/86, com as alterações posteriores, dispõe sobre a forma de apuração do valor venal de imóveis, para efeito de lançamento do IPTU, estabelecendo diversos critérios para definição do tipo de enquadramento do padrão da construção e a aplicação do fator de obsolescência (coeficiente de depreciação do valor do prédio pela idade).

Assim dispõe o artigo 15 da supramencionada lei municipal:

"Art. 15. O valor unitário de metro quadrado de construção será obtido

Acesso ao Sumário

pelo enquadramento da construção num dos dois tipos da Tabela V, em função da sua área predominante, e no padrão de construção cujas características mais se assemelhem às suas.

§ 1º Nos casos em que a área predominante não corresponder à destinação principal da edificação, ou conjunto de edificações, poderá ser adotado critério adverso, a juízo da Administração.

§ 2º Para fins de enquadramento de unidades autônomas de prédio em condomínio em um dos padrões de construção previstos na Tabela V, será considerada a área construída correspondente à área bruta da unidade autônoma acrescida da respectiva área da garagem, ainda que esta seja objeto de lançamento separado.

§ 3º A unidade autônoma poderá ser enquadrada em padrão diverso daquele atribuído ao conjunto a que pertença, desde que apresente benfeitorias que a distingam, de forma significativa, das demais unidades autônomas».

http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-10235-de-16-de-dezembro-de-1986

Restou apurado pela perita judicial que, nos termos da Tabela V da Lei nº Lei nº 10.235/86, complementada pela Lei 15.044/2009, o imóvel em discussão apresenta itens enquadráveis nas seguintes classificações: Padrão E (em geral halls, lojas, entre outras); padrão C (estacionamento) e padrão B (áreas técnicas, de apoio, rotas de fuga, entre outras) – Fls.1323.

Os itens classificatórios dos padrões construtivos das áreas dos imóveis sujeitos à tributação recebem a nomenclatura de "A" a "E", de forma progressiva, iniciando com os mais simples e terminando com os mais completos e de maior padrão construtivo. No dizer da expert "*a Lei Municipal lista os itens que descrevem o padrão de construção de um imóvel. Em geral, são considerados os seguintes tópicos: arquitetura, estrutura, acabamentos internos, acabamentos externos, circulação, instalações sanitárias, dependências acessórias e instalações especiais. Não há na legislação nenhum indicativo de prioridade ou prevalência que indique que um item se sobreponha ao outro. Além disso, a classificação dos padrões de construção apresentada na Lei Municipal é progressiva, incluindo a cada padrão superior maior quantidade de tópicos e itens, bem como, melhoria dos materiais e refinamento da arquitetura*" (fls. 1319).

Concluiu a perita judicial que, nos termos da Tabela V da Lei nº Lei nº 10.235/86, após avaliação *in loco* e tratando-se de imóvel de grandes dimensões, as áreas foram classificadas em três padrões, tipos B, C e E "*O padrão com maior fração é o C que está presente em 43,67% do imóvel. O padrão E está presente em 36,03% do imóvel, enquanto o padrão B está presente em 20,31%*." –Fls.1323/1324.

O enquadramento do imóvel pelo lançamento fiscal no padrão tipo 4E não

Acesso ao Sumário

comporta guarida, porquanto nele não está inserida a maior fração do imóvel (43,67% estacionamento), área integrante e com características especiais que se enquadram na Lei Municipal, como constou às fls.1346 do Laudo Pericial "As áreas de estacionamento e garagem apresentam padrão de construção C. Não obstante ser uma área de estacionamento, há vasta presença de instalações especiais nestas áreas, desta forma, não há como se tratar de padrão inferior ao C".

Por ocasião dos esclarecimentos pontuou a *expert* que "*...verificou-se predominância das áreas de estacionamento e garagem, com padrão de construção C. A classificação está justificada nas fls. 1321 e 1322, que relaciona os itens descritos na Tabela V da Lei Municipal nº 10.235/1986, complementada pela Lei 15.044/2009, com a avaliação in loco apresentada no laudo pericial*." – Fls.1764.

E, ainda "*Conforme vistoria, nas áreas do estacionamento há a preocupação com o estilo, uma vez que o mesmo padrão é mantido em todos os pavimentos. As áreas de estacionamento possuem vãos largos, com distanciamento entre pilares superior a 10 m, conforme pode-se observar no relatório fotográfico pericial e plantas apresentadas pela Requerente. O acabamento interno possui áreas com revestimento em azulejos, pintura, resina, piso em concreto com acabamento, forros nas áreas de aproximação aos halls com iluminação e tubulações embutidas. A área possui vasta presença de vagas de estacionamento e plataformas de carga e descarga. Por fim, são diversas as instalações especiais, entre elas: a monitorização das vagas por rede de sensores ultrassônicos com apresentação de dados remota através de painel de indicação de vagas livres na entrada dos estacionamentos, entrada controlada por catracas eletrônicas, sistema de RFID nas catracas, câmeras internas de segurança e controle de acesso aos estacionamentos e entradas do shopping, sistemas de comunicação, antenas para acesso ao wifi, redes de sprinkler e hidrantes, detectores de fumaça e luz de emergência, entre outros.... Portanto, as áreas de estacionamento e garagem apresentam padrão de construção C.*" – Fls.1765.

É a área de maiores medidas, em seu padrão construtivo, características e uso que define o enquadramento do imóvel para efeito do lançamento do IPTU por expressa disposição do "caput" do mencionado artigo 15 da Lei 10.235/86 que elege esse critério "*em função da sua área predominante, e no padrão de construção cujas características mais se assemelhem às suas*".

Acesso ao Sumário

A aplicação do § 1º desse artigo 15 não se coaduna com a finalidade da edificação em comento, cujas partes não podem ser tomadas como acessórias umas das outras nem consideradas isoladamente. A área mais extensa, correspondente a 43,67% do todo, destina-se ao estacionamento, que alcança cinco pisos do edifício.

Decorre disso a classificação do imóvel no item 4C dos diferentes padrões construtivos previsto pela legislação, em consonância com a escolha legal

do tipo mais extenso encontrado na edificação.

O estacionamento, no caso, constitui parte indissociável da natureza do empreendimento, não simples acessório que poderia ou não existir apartado das demais áreas. Sem o estacionamento não haveria como ofertar os serviços e bens disponíveis aos consumidores pela intuitiva razão de que parcela expressiva da clientela usa desse meio para chegar e permanecer no local. Ademais é sabido que esse serviço é cobrado dos usuários, tanto assim que empresa terceirizada explora o negócio, não obstante desconto ou gratuidade possam ser eventualmente oferecidos, consistindo em mais um atrativo para os consumidores.

No tocante ao fator de obsolescência a perícia apurou que, considerando as disposições do artigo 16 da Lei Municipal 10.235/86 e descrição histórica do imóvel, bem como as reformas com acréscimo de áreas nos anos de 2009, 2014 e 2015 a área total construída para o ano de 2015 é de 190.280,23 m² (Fls.1313).

Esclareceu a perita que "*A diferença entre a área apurada pela presente perícia, a partir dos documentos apresentados nos autos, e as áreas indicadas no IPTU, DTCO 2015 e no alvará de execução de reforma 2015/10104-00 ocorre em virtude da área construída total informada nos documentos referentes à 2015 (fls. 127 a 130 e fls. 1111 a 1113) não ter sido atualizada conforme o indicado nos processos da Municipalidade apresentado nas fls. 1114 a 1115, inclusive no IPTU informado nas fls. 1126 a 1128, 1130, 1133 e 1134*".

Concluiu a perícia que "*A partir do histórico de ampliações e reformas apresentado nos autos, foi apurado, com base na Lei Municipal nº10.235/86, 2012 como o ano de construção do imóvel. Desta forma, para o ano de referência de 2020, a idade do imóvel é de 8 anos, o que implica um fator de obsolescência é de 0,94*" – Fls.1345.

Deste modo, cada reforma ou ampliação da área do estabelecimento acarreta novo cálculo da idade da construção, consoante Tabela 2 do laudo pericial (fls 1313). A perícia apurou ampliações e reformas em 2008, 2009 (três reformas), 2014 e 2015, submetendo os números de área reformada/ampliada aos fatores para atualização da idade da construção, ano a ano. Feitas estas atualizações na idade construtiva do imóvel fixou-se o ano de 2012 como ano da construção, utilizado para ajuste correspondente à obsolescência do bem.

Com isso e considerando que os elementos trazidos aos autos pelas partes são incapazes de infirmar a prova técnica minuciosa realizada por profissional habilitada e sob o crivo do contraditório, procede em parte o pleito autoral, com vistas à declaração de que o padrão de construção do imóvel é o tipo "4C", mantido o fator de obsolescência para o ano de 2020 de "0,94", tal como concluiu a perícia judicial. O valor do tributo para o ano de 2020 atinge o montante de R$ 11.737.091,64 (fls. 1346).

Por tais motivos, a r. sentença de improcedência deve ser parcialmente reformada para julgar a ação procedente em parte apenas para adequar o pa-

Acesso ao Sumário

drão de construção do imóvel ao tipo "4C", como apurado na perícia judicial, mantido, no mais, o lançamento fiscal como efetuado, inclusive o fator de obsolescência. Caberá ao município o levantamento proporcional do depósito com os acréscimos bancários, considerando o tributo assim ajustado, e à autora o remanescente.

Por fim, acolhido, em parte, o pedido inicial (4B) da autora apelante de nova classificação do padrão de construção (fixado em 4C) mas mantido o fator de obsolescência original, houve sucumbência de cada uma das partes, a teor do artigo 86 do Código de Processo Civil, segundo o qual "*Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídos entre eles as despesas*" vedada a compensação dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 85, § 14, do Código de Processual.

Assim, considerado o proveito econômico de cada uma, devem as partes arcar com as custas, despesas processuais e a verba honorária do patrono da parte adversa, esses de acordo com os percentuais mínimos constantes dos incisos do § 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil, acrescidos de meio ponto percentual por efeito da majoração recursal do § 11 do mesmo dispositivo, tudo atualizado segundo a Tabela Prática do Tribunal de Justiça. Os honorários de advogado pertencentes aos patronos da municipalidade incidirão sobre a diferença entre o valor do imposto resultante deste julgado, acima discriminado (mediante a adoção do padrão construtivo 4C e fator de obsolescência 0,94) e a pretensão inicial da autora (correspondente ao imposto que resultaria da adoção do padrão construtivo 4B e fator de obsolescência 0,90, mediante simples cálculo com apoio no quadro pericial de fls. 1326); a verba honorária dos patronos da autora será calculada sobre o valor resultante da diferença entre o valor do lançamento e o do imposto ora fixado. As custas e despesas do processo serão partilhadas de acordo com o percentual de sucumbência respectivo de cada parte resultante da aplicação de idêntico critério, consistente nas diferenças entre a pretensão inicial, o valor do tributo resultante deste acórdão e o valor do lançamento, nos moldes acima expostos.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso**, nos termos do voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1026682-44.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante REGINA SATOKO GOTO, são apelados ESTADO DE SÃO PAULO e INSTITUTO DE PAGAMENTOS ESPECIAIS DE SÃO PAULO - IPESP.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA. **(Voto nº 38.754)**

São Paulo, 8 de novembro de 2023.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – Escrevente aposentada do 1º Registro de Imóveis da Capital – Revisão dos proventos da aposentadoria, manutenção da forma de reajuste do benefício e da alíquota da contribuição previdenciária, nos termos Lei Estadual nº 10.393/70, vigente à época de sua inativação – Impossibilidade – Superveniência da Lei nº 14.016/10 que extinguiu a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, alterando tais disciplinas – Ausência de direito adquirido a regime jurídico ADI 4420, cujo objeto foram os artigos 1º, 3º, 4º e 17, da Lei Estadual nº 14.016/10 e a redação conferida pela norma ao artigo 51 da Lei nº 10.393/70, que nem sequer apreciou tais questões – Vedação prevista no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, e na Súmula Vinculante nº 04 que alcança o artigo 12 da Lei Estadual nº 10.393/1970, na sua redação original, cumprindo observar o critério imposto pela Lei nº 14.016/2010 – Contribuição previdenciária que constitui obrigação de natureza tributária, de modo que não há direito adquirido ao percentual outrora majorado – Precedentes jurisprudenciais – Pedido julgado improcedente – Manutenção da r. sentença – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta em face da sentença de fls. 398/410, cujo relatório se adota, que julgou improcedente o pedido. Pela sucumbência, condenou a autora ao pagamento das custas e das despesas processuais, assim como os honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor atribuído à causa (R$ 76.323,24), atualizado.

A autora opôs embargos de declaração (fls. 413/419), os quais foram rejeitados (fls. 422/423).

A autora também apelou (430/451), alegando, em síntese, que era titular

Acesso ao Sumário

de serventia extrajudicial, ocupante do cargo de Escrevente do 1º Registro de Imóveis da Capital SP. Por ocasião da sua aposentadoria, em 2004, lhe foi conferido o direito aos proventos em montante equivalente a 15,87 salários mínimos regionais, de acordo com o Decreto nº 28.321 de 05 de abril de 1988, desde 1960. Efetuou os recolhimentos previdenciários para a carteira de previdência das serventias não oficializadas da Justiça do Estado de SP, regulamentada pela Lei Estadual n° 10.393, de 16/12/1970. Em razão da Lei nº 14.016/2010, seus proventos totalizam hoje os valores brutos de R$ 12.413,94, quando deveriam totalizar R$ 21.900,60, correspondentes aos 15,87 salários mínimos regionais. A alíquota de contribuição deve ser limitada a 5%, consoante o §6º do artigo 45 da Lei nº10.393/70. A ADI 4420/SP é aplicável ao caso em apreço. Por isso, tem direito adquirido à forma do tempo de contribuição que se completou em 2009, dentro das regras da Lei nº 10.393/70. O salário mínimo deve continuar a ser o critério de atualização de sua aposentadoria. Não há de se cogitar, no caso em tela, na aplicação da Súmula Vinculante nº 04 do Supremo Tribunal Federal, porquanto a Lei 10.393/70 não usa o salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem. Há direito adquirido a ser observado quanto ao reajuste dos benefícios pelo valor de múltiplos do salário mínimo, indexados pelo IPC/FIPE. A redutibilidade de vencimentos é proibida expressamente pela Constituição Federal. O Poder Judiciário não pode estabelecer base de cálculo do piso salarial, sob pena de exercer atribuição privativa do Poder Legislativo. O apelado não comprovou o alegado desequilíbrio atuarial- financeiro da Carteira previdenciária. O Estado de São Paulo é responsável pela manutenção do regime instituído antes de 1988.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 538/545).

Houve oposição ao julgamento virtual do recurso (fls. 552).

É o relatório.

Pretende a autora, Escrevente aposentada do 1º Registro de Imóveis da Capital, o reconhecimento do direito adquirido ao regramento estabelecido pela Lei nº 10.393/70, relativamente à fixação dos seus proventos em salários mínimos regionais, ao critério de reajuste do seu benefício previdenciário e à alíquota de contribuição previdenciária, afastando, assim, as disposições da Lei Estadual nº 14.016/2010.

Razão, no entanto, não lhe assiste.

Ressalvada a posição deste Relator em outros precedentes, passa-se doravante a seguir o entendimento aqui esposado.

Com efeito, a Lei nº 10.393/70, que reorganizou a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, na sua redação original, dispunha que:

> Artigo 12 - Sempre que se alterar o salário-mínimo na Capital do Estado, serão reajustados, na mesma propor-

Acesso ao Sumário

ção, os benefícios concedidos por esta lei.
Parágrafo único - Vigorará o reajuste a partir do primeiro dia do mês seguinte àquele em que ocorrer a alteração.
Artigo 13 - Os benefícios serão calculados em salários-mínimos, para que possam ser reajustados automaticamente, na forma do que dispõe o artigo anterior.
Parágrafo único - O cálculo será feito até centésimos de salário-mínimo, arredondando- se para mais a fração igual ou superior a cinco milésimos e desprezando-se a inferior.
(...)
Artigo 45 - A contribuição mensal do segurado corresponderá a 8% de sua remuneração - base, constante da Tabela em anexo a esta lei.
(...)
§ 6º. O segurado aposentado terá sua contribuição reduzida a 5% sobre o provento da aposentadoria.
No entanto, a partir do advento da Lei nº 14.016/2010, que extinguiu tal Carteira, tais artigos da passaram a ter a seguinte redação:
Artigo 12 - Os benefícios da Carteira serão reajustados anualmente, no mês de janeiro, de acordo com a variação do IPC- FIPE (Índice de Preços ao Consumidor apurado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas), calculados sobre os doze últimos meses, ou desde a data do último reajuste se inferior a este período.
Parágrafo único - O reajuste de que trata o "caput" deste artigo, assim como a concessão de novos benefícios, somente será aplicado se ficar previamente demonstrada a manutenção do equilíbrio atuarial pelo estudo técnico a que se refere o artigo 51 desta lei, além da existência de recursos financeiros disponíveis na Carteira.
Artigo 13 - Os benefícios da Carteira serão calculados de acordo com a tabela anexa, cujos valores serão reajustados anualmente no mês de janeiro e nos exercícios seguintes pelo mesmo índice e periodicidade previstos no artigo 12, vedada qualquer reclassificação. Parágrafo único - A tabela anexa prevalecerá para fixar-se o valor dos benefícios, independentemente de alterações que possam surgir na organização extrajudicial do Estado.
(...)

Acesso ao Sumário

Artigo 45 - Para cobertura de despesas administrativas e para assegurar o equilíbrio atuarial da Carteira:
I - os participantes em atividade contribuirão mensalmente com 11% (onze por cento) sobre o total de sua remuneração;
II - os titulares de Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado que tenham participantes em atividade contribuirão com valor equivalente ao referido no inciso I deste artigo;
III - os participantes inativos e pensionistas contribuirão mensalmente com 11% (onze por cento) do valor dos benefícios em manutenção;
IV - ser-lhe-ão repassadas, observado o disposto no artigo 50 desta lei, as parcelas previstas na alínea 'c' do inciso I e na alínea 'b' do inciso II do artigo 19 da Lei n° 11.331, de 26 de dezembro de 2002.
E o E. Supremo Tribunal Federal, relativamente à alteração promovida pela Lei nº 14.016/10, no julgamento da ADI 4420, assim decidiu: Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade.
Extinção da Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado de São Paulo. Proteção dos direitos adquiridos. Direito à contagem recíproca do tempo de serviço. 1. A Lei nº. 14.016, de 12.04.2010, do Estado de São Paulo, que declarou em regime de extinção a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça daquele Estado, não padece de inconstitucionalidade formal, visto que o constituinte conferiu aos Estados-membros competência concorrente para legislarem sobre previdência social, consoante o disposto no artigo 24, XII, da Constituição Federal. 2. A extinção da Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça daquele Estado, embora possível por meio da referida lei, deve, contudo, respeitar o direito adquirido dos participantes que já faziam jus aos benefícios à época da edição da lei, bem como o direito à contagem recíproca do tempo de contribuição para aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social (CF, artigo 201, § 9º) dos participantes que ainda não haviam implementado os requisitos para a fruição dos benefícios. 3. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente

Acesso ao Sumário

> procedente para: (i) declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º, 'caput', e § 1º, da Lei nº. 14.016/2010, do Estado de São Paulo, no que excluem a assunção de responsabilidade pelo Estado; (ii) conferir interpretação conforme à Constituição ao restante do diploma impugnado, proclamando que as regras não se aplicam a quem, na data da publicação da lei, já estava em gozo de benefício ou tinha cumprido, com base no regime instituído pela Lei estadual nº. 10.393/1970, os requisitos necessários à concessão; (iii) quanto aos que não implementaram todos os requisitos, conferir interpretação conforme para garantir-lhes a faculdade da contagem de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social, nos termos do artigo 201, § 9º, da Constituição Federal. (ADI 4420, Relator: MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO, DJe-168, DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017).

Tal decisão, ao contrário do aduzido pela recorrente, não assegurou direito à manutenção do benefício previdenciário em salários mínimos, nem à preservação do critério de atualização e da alíquota de contribuição previdenciária da redação original da Lei nº10.393/1970. Muito pelo contrário: nem sequer apreciou tais questões, na medida em que foram objeto da aludida ação os artigos 1º, 3º, 4º e 17, da Lei Estadual nº 14.016/10 e a redação conferida pela norma ao artigo 51 da Lei nº 10.393/70.

A propósito, em decisões posteriores, o C. Supremo Tribunal Federal esclareceu isso expressamente:

> EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. OPOSIÇÃO EM 31.08.2022. ESCREVENTE DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. LEI ESTADUAL 10.393/1970. NORMA QUE VINCULA PROVENTOS AO SALÁRIO-MÍNIMO. NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. SÚMULA VINCULANTE 4. ADI 4.420. PRECEDENTES. ALÍQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO. PRETENSÃO DE MANUTENÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. TEMA 660 DA REPERCUSSÃO GERAL. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Ao apreciar a ADI 4.420 e decidir sobre questão relativa

Acesso ao Sumário

> à vinculação do reajustamento futuro dos benefícios, o Supremo Tribunal Federal não analisou a matéria sob a ótica da vinculação ao salário-mínimo, mas sob o ângulo da constitucionalidade da previsão de critérios diversos de reajuste, ressalvando-se a impossibilidade da existência de direito adquirido à manutenção do regime jurídico anterior. Precedentes. (...) (ARE 1360016 AgR-ED, Relator: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 24/10/2022, PROCESSO ELETRÔNICO, DJe-222, DIVULG 04-11-2022, PUBLIC 07-11-2022)
>
> Segundo agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito administrativo. Escrevente de serventia extrajudicial. Lei Estadual 10.393/1970. 3. Aposentadoria.
>
> Reajuste dos proventos com base no salário mínimo. Impossibilidade. Manutenção de alíquota de contribuição previdenciária. Ausência de direito adquirido a regime jurídico.
>
> 4. O STF, ao apreciar a ADI 4.420, não analisou a matéria sob a ótica da vinculação ao salário mínimo ou da manutenção da alíquota da contribuição previdenciária. Precedentes de ambas as Turmas. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado provimento ao agravo regimental. Honorários advocatícios majorados em 10%. (ARE 1346549 AgR-segundo, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/11/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 09-11-2022 PUBLIC 10-11-2022)

Assim, o fato de a autora ter se aposentado em 2004, e, portanto, antes do advento da Lei nº 14.016/10, não lhe garante o direito à manutenção do regramento em vigor por ocasião da sua inatividade, porquanto, como sabido, não há direito adquirido a regime jurídico.

Outrossim, a vedação prevista no artigo 7º, IV, da Constituição Federal e na Súmula Vinculante nº 04 alcança também a utilização do salário mínimo como indexador do reajuste dos proventos de aposentadoria, a que se referiu o artigo 12 da Lei Estadual nº 10.393/1970, na sua redação original, cumprindo observar o critério imposto pela Lei Estadual nº 14.016/2010.

Por fim, caracterizando-se a contribuição previdenciária obrigação de natureza tributária, não há que se falar em direito adquirido ao percentual outrora majorado.

Sobre a matéria em debate, esta Décima Segunda Câmara de Direito Pú-

Acesso ao Sumário

blico já se pronunciou:

> Previdenciário – Revisão de proventos de aposentadoria de Serventuário de Cartório Extrajudicial – Submissão do inativo ao regramento originalmente previsto pela Lei Estadual nº 10.393/70 – Lei Estadual 14.016/10 que alterou o cálculo de reajuste do benefício e majorou a alíquota de contribuição previdenciária – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.420/SP que não discutiu os dispositivos referentes ao índice de reajuste e a limitação da contribuição previdenciária, restringindo-se a analisar os arts. 1º, 3º, 4º e 17 da Lei Estadual 14.016/10 – Inexistência de direito adquirido à fórmula de revisão do benefício ou à alíquota de contribuição dos inativos Precedentes – Sentença mantida – Recurso desprovido (TJSP; Apelação Cível 1041523-44.2022.8.26.0053; Relator: Souza Meirelles; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 4ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/08/2023; Data de Registro: 24/08/2023)
>
> APELAÇÃO. Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas. Aposentadoria. Revisão. Servidor aposentado em 27 de junho de 2002. Lei Estadual 10393/1970, redação da Lei 14016/2010, que afastou a vinculação do benefício ao salário-mínimo e aumentou a alíquota da contribuição previdenciária dos segurados aposentados de cinco para onze por cento. Vedada a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim. Constituição Federal, artigo 7º, IV, e Súmula Vinculante nº 4. Fato da aposentadoria ser anterior à edição da Lei Estadual 14016/2010 não confere direito à manutenção do critério de reajuste dos proventos e da alíquota de contribuição previdenciária. Ausência de direito adquirido a regime jurídico. Precedentes de Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. ADI 4420. Aspectos não apreciados. Precedentes de Supremo Tribunal Demanda improcedente. Sem recurso contra exclusão de IPESP por ilegitimidade passiva. Recurso não provido, com majoração dos honorários dos patronos do Estado, pelo trabalho e sucumbência em grau de recurso, de dez para doze por cento do valor atualizado da causa, histórico de R$ 841.129,92, observado o benefício da gratuida-

Acesso ao Sumário

de. (TJSP; Apelação Cível 1067104-61.2022.8.26.0053; Relator: Edson Ferreira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/07/2023; Data de Registro: 04/07/2023)

PREVIDENCIÁRIO – Escrevente Notarial – Aposentadoria anterior à Lei nº 14.016/2010 – Inexistência de direito adquirido a regime jurídico ADI 4420/SP do STF – Impossibilidade de vinculação de reajuste ao salário mínimo – Sentença de improcedência mantida – Recurso de apelação desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1013911-05.2020.8.26.0053; Relator: J. M. Ribeiro de Paula; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/05/2022; Data de Registro: 18/05/2022)

Vejam-se outros precedentes deste C. Tribunal sobre a matéria debatida nos autos:

Ação proposta por pensionista de aposentado da Carteira de Previdência das Serventias Não Oficializadas, objetivando a fixação e o reajuste de seus proventos na conformidade da variação do salário mínimo, bem como afastar a majoração da alíquota de contribuição previdenciária de 5% para 11%. Sentença de procedência. Recurso dos requeridos buscando a inversão do julgado. Viabilidade. Não recepção dos artigos 12 e 13 da Lei 10.393/70 pela Constituição Federal de 1988. Vedação do artigo 7º, IV da CF/88. Alíquota da contribuição previdenciária prevista na Lei Estadual nº 14.016/2010 consentânea com a Emenda Constitucional nº 41/2003. ADI nº 4.420/SP, julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que não abordou as questões discutidas na espécie. Recursos oficial e voluntário providos para julgar improcedente o pedido da autora, por maioria de votos. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1006641-27.2020.8.26.0053; Relator: Aroldo Viotti; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/12/2021; Data de Registro: 20/12/2021)

REVISIONAL DE APOSENTADORIA. Cartório Extrajudicial. Carteira de previdência das serventias não

Acesso ao Sumário

oficializadas. Servidor aposentado. Pretensão de reajuste dos proventos com vinculação ao salário mínimo (17 salários) e redução da alíquota de contribuição previdenciária. Não recepção da Lei n. 10.393/70 pela Constituição Federal. Inteligência do artigo 7º, IV, da CF 88. Ação improcedente. Recurso da Fazenda provido. (TJSP; Apelação Cível 1005983-03.2020.8.26.0053; Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/03/2021; Data de Registro: 25/03/2021)

Nesse contexto, de rigor a manutenção da r. sentença, porquanto em consonância com os argumentos esposados. Ficam majorados os honorários advocatícios em 1% (um por cento), a teor do artigo 85, §11, do CPC, observada eventual gratuidade da justiça.

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001615-90.2018.8.26.0191, da Comarca de Ferraz de Vasconcelos, em que são apelantes ALBA VALÉRIA DE SIQUEIRA HOELZ e REAL ASSESSORIA CONTÁBIL LTDA., é apelado MUNICÍPIO DE FERRAZ DE VASCONCELOS.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.551)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 8 de novembro de 2023.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARTA CONVITE. NÃO CONFIGURADO ATO ÍMPROBO. Aplicação das teses jurídicas consolidadas por ocasião do Tema nº 1.199 de repercussão geral do STF, bem como das alterações promovidas pela nova redação da LIA. Nova redação da LIA que exige dano efetivo ao erá-

Acesso ao Sumário

rio e a presença do dolo. Não comprovado o dano ao erário e a vontade livre e consciente dos agentes na prática das condutas previstas no inciso VIII do artigo 10 da LIA. Ação ajuizada por motivo pessoal com propósito de prejudicar desafetos do Procurador do Município que ajuizou a ação. Caracterizada má-fé. Devida a condenação em verba honorária. Ação julgada parcialmente procedente no 1º grau. Sentença reformada. RECURSOS PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por *ALBA VALÉRIA DE SIQUEIRA HOELZ* e *REAL ACESSÓRIA CONTÁBIL LTDA*. contra r. sentença que julgou parcialmente procedente ação civil pública por ato de improbidade administrativa, para condenar a *REAL ACESSÓRIA CONTÁBIL LTDA*. e *ACIR FILÓ DOS SANTOS* a ficarem proibidos de contratar com o poder público pelo prazo de 4 anos, bem como extinguiu a o processo sem julgamento do mérito em relação a *ALBA VALÉRIA DE SIQUEIRA HOELZ* e julgou improcedente em relação a *ROBERTO DE LIMA* .[1]

Apela *ALBA VALÉRIA DE SIQUEIRA HOELZ* requerendo a condenação do autor em honorários advocatícios, além de buscar o debloqueio das constrições patrimoniais.[2]

REAL ACESSÓRIA CONTÁBIL LTDA. apresentou recurso alegando falta de representação processual válida do procurado do Município, que a ação foi promovida por interesses pessoais do advogado. Quanto ao mérito aduz que não houve ato de improbidade por parte do apelante que não teve participação ou influência nos atos internos da administração, bem como que o trabalho foi realizado.[3]

Sobrevieram as contrarrazões.[4]

A Douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer opinando pelo provimento do recurso de *ALBA VALÉRIA DE SIQUEIRA HOELZ* e provimento parcial do recurso de REAL A*CESSÓRIA CONTÁBIL LTDA*.[5]

É o relatório.

Consta dos autos que o Município de Ferraz de Vasconcelos por meio de carta convite 79/2013 celebrou contrato com a empresa *REAL ACESSÓRIA CONTÁBIL LTDA*. para fins de organização e levantamento de dados da Prefeitura com a proposição de solução, modificação de rotinas, organização de procedimentos e implementação de normas para execução orçamentária, financeira

1 Fls. 1225-1230, da lavra do MM. Juiz Dr. RODRIGO DE AZEVEDO COSTA.
2 Fls. 1266-1273.
3 Fls. 1274-1295.
4 Fls. 1307-1316.
5 Fls. 1334-1357.

Acesso ao Sumário

e contábil, mediante apresentação de relatório final, num total estimado de 500 horas de trabalho. Aduz o Município autor que o procedimento licitatório possui documentos em branco e sem assinatura de servidores municipais.

Primeiramente destaco que após o julgamento do Tema nº 1.199 de repercussão geral do STF, foram definidas as seguintes teses jurídicas com efeito vinculante: 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – dolo; 2) A norma benéfica da lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é irretroativa, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova lei 14.230/21 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; e 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

No caso dos autos, acusa a Municipalidade, por seu procurador, ofensa pelos requeridos a Lei de Licitação, o que caracterizaria improbidade administrativa por infringência do inciso VIII, artigo 10 da lei de improbidade. Referido artigo, com a redação dada pela nova lei, que deve ser aplicada ao caso, assim dispõe:

> *Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:*
>
> *VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva;* (Redação dada pela Lei nº 14.230/2021*)*

A nova redação afastou a possibilidade de condenação por improbidade nos casos de conduta culposa e trouxe a necessidade de perda patrimonial efetiva para caracterização do ato ímprobo, o que beneficia os requeridos.

Em que pesem as irregularidades apontadas na celebração do convênio, estas por si só não são suficientes para caracterização do ato ímprobo, uma vez que não há nos autos nenhum elemento que indique o dolo e dano ao erário. O serviço foi efetivamente prestado e não há indício de superfaturamento.

Não bastasse a ausência de dano ao erário, não restou comprovado nos autos o dolo dos requeridos.

Preceituam os artigos 1º, § e 17-C, §1º, ambos da LIA que para o reco-

Acesso ao Sumário

nhecimento de improbidade administrativa necessário demonstrar a inequívoca vontade livre e consciente da prática dos atos ilícitos tipificados nos artigos 9º, 10 e 11 da lei, não bastando a voluntariedade do agente, sob pena de restar atípica a conduta.

Diante disso, em que pese se tratar de condutas aparentemente irregulares, o autor não se desincumbiu do ônus de comprovar o dolo dos requeridos. Não basta a prática voluntária de ato ilegal.

Competia ao autor comprovar a conduta ilícita de cada corréu, a demonstrar que agiram com o intuito de lesar o erário público, o que não ocorreu no caso dos autos.

Restou, por outro lado, comprovado nos autos que o Procurador Municipal que ajuizou a ação agiu de má-fé, com intuito de prejudicar desafetos políticos, motivo que causou sua exoneração. Em que pesem as irregularidades do procedimento licitatório o ajuizamento da presente ação se pautou em interesse particular do Procurador Municipal e não no propósito de fazer justiça.

Dito isso, a r. sentença deve ser reformada para julgar improcedente a ação em relação ao todos os requeridos.

No que se refere ao recurso de apelação de *ALBA VALÉRIA DE SIQUEIRA HOELZ* que pugna pela condenação em verba honorária, caracterizada a má-fé no ajuizamento da ação é devida a condenação nos termos do artigo 23-B, §2º. Os honorários advocatícios ficam arbitrados no máximo legal. Incidirão sobre o valor da causa retificado pela r. sentença, histórico de R$ 72 mil.[6]

Pelos motivos expendidos, proponho a meus ilustres pares se *DÊ PROVIMENTO* aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008965-72.2021.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante/apelado TIAGO DE CAMPOS, é apelado/apelante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a matéria preliminar, negaram provimento aos recursos, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.888)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ FELIPE NOGUEIRA (Presidente), ANTONIO TADEU OTTONI e CYRO BONILHA.

São Paulo, 16 de novembro de 2023.

Acesso ao Sumário

6 Fls. 1.228.

LUIZ FELIPE NOGUEIRA, Relator

Ementa: Acidentária – Acidente típico – Lesão em 3º quirodáctilo direito – Incapacidade laborativa não configurada – Benesse indevida – Improcedência mantida.
Acidentária – Sentença de improcedência – Apelação do INSS para restituição dos valores pagos a título de honorários periciais – Recente entendimento exarado pelo C. Superior Tribunal de Justiça (Tema nº 1.044) no sentido de que, nas ações de acidente do trabalho, sucumbente a parte autora (beneficiária da isenção de ônus sucumbenciais, conforme art. 129, da Lei nº 8.213/91), cabe ao Estado o pagamento dos honorários periciais adiantados pela autarquia – Valores, no entanto, que devem ser pleiteados em ação própria, com participação ampla do ente responsável pelo ressarcimento pretendido, em respeito ao devido processo legal, atento, outrossim, à competência dos órgãos julgadores.
Rejeitada a matéria preliminar, nego provimento aos recursos, com observação.

VOTO

RELATÓRIO.

Apelação das partes contra a r. sentença de fls. 228/230 (agregada por embargos de declaração fls. 259/260), que, em lide acidentária, julgou improcedente o pedido, pois não comprovada a incapacidade laborativa referente a lesão em 3º quirodáctilo direito, decorrente de acidente típico.

O obreiro alega que, à vista de sua profissão habitual (açougueiro), as lesões experimentadas reduzem sua capacidade laborativa (ao menos, demanda de maior esforço), de forma que faz jus ao amparo acidentário, ainda que mínima a lesão. Defende que o magistrado não está adstrito ao laudo pericial e, com isso, busca a procedência do pedido. Subsidiariamente, sob pena de cerceamento de defesa, pede a realização de nova prova técnica, já que a anterior foi realizada por acólito não especializado em ortopedia (fls. 241/248).

O ente público, por sua vez, busca a restituição dos honorários periciais por ele adiantados, que devem ser custeados pelo Estado, ante a isenção legal de que é beneficiário o autor, pleiteando que tal ressarcimento ocorra nos mesmos autos, por meio de RPV, como decidido, inclusive, pelo C. STJ, no julgamento do Tema nº 1.044. Cita, também, os artigos 82, § 2º, e 515, I, do CPC e o Tema

Acesso ao Sumário

nº 889/STJ. Por fim, prequestiona a matéria (fls. 264/268).

Sem contrarrazões (fl. 273).

FUNDAMENTO E DECIDO.

Inicialmente, não vislumbro necessidade de renovação da prova técnica.

Na hipótese, pelo que se verifica, a perícia realizada, associada aos demais elementos, trouxe subsídios suficientes à solução da controvérsia, uma vez que as questões de relevo foram apresentadas, não demandando complementação ou esclarecimentos adicionais.

A determinação para realização de nova diligência somente é cabível na hipótese de o laudo pericial elaborado em primeiro grau se mostrar insuficiente ou contraditório, inclusive quando comparado aos demais elementos dos autos, e não permitir um desfecho seguro da controvérsia em exame o que não ocorre no caso.

A propósito, como já se decidiu: "*O mero inconformismo da parte não é motivo suficiente para renovação da perícia, tampouco há que se falar em negativa de prestação jurisdicional por este motivo.* ***O juiz, como destinatário da prova não é obrigado a estender a instrução processual quando existirem elementos suficientes para a formação de sua convicção***." (AP. 734.851.5/9-00 – TJ/SP – 16ª Câm. Dir. Público Rel. João Negrini Filho j. 15.12.2009).

Vale lembrar que a "especialidade" exigida pelo art. 465, do CPC, diz respeito à ciência envolvida no estudo dos fatos controversos, no caso, a medicina, de maneira que a nomeação de médico atende às exigências do referido comando processual.

Logo, não verifico qualquer nulidade ou cerceamento de defesa, sendo que o prolongamento do feito, sem real utilidade, apenas oneraria os encargos da lide desnecessariamente.

Passo à análise do mérito.

O autor (açougueiro – fl. 17) narra na inicial que sofreu acidente típico em 30.05.2013, momento em que lesionou 3º quirodáctilo direito (fratura da porção distal da falange medial – fl. 37).

Informa ter se afastado para tratamento médico (inclusive cirúrgico), com recebimento de auxílio-doença acidentário, mas que, a despeito da alta administrativa, persistem sequelas incapacitantes, razão pela qual busca a reparação infortunística.

Com base no resultado da prova técnica, a r. sentença julgou o pedido improcedente, ante a não constatação da incapacidade laborativa.

Compartilho desse resultado.

O acidente encontra-se comprovado pela CAT emitida pela empregadora (fl. 124) e pelos documentos hospitalares de fls. 47/51, com concessão administrativa de auxílio-doença acidentário (NB 91/602.171.105-3 – fls. 125 e 157/158).

Acesso ao Sumário

Todavia, do infortúnio não restaram sequelas incapacitantes.

De fato, procedida à competente perícia

médica oficial, o exame físico apontou para a normalidade do segmento em estudo, pois, a despeito da lesão, a força de preensão da mão direita foi preservada, ausente, também, prejuízo dos movimentos de pinça (fl. 203).

Diante disso, e à vista dos demais elementos de provas constantes dos autos, o jurisperito concluiu pela inexistência de incapacidade laborativa em qualquer grau (mesma folha): "***não constatada a incapacidade laborativa*** *para a Atividade atual do autor (açougueiro), visto que não existem provas objetivas nos autos que comprovem a solicitação da petição inicial*".

Em resposta ao quesito 8 de fl. 204, o *expert* escartou, inclusive, a demanda de maior esforço.

Tais conclusões devem ser prestigiadas, pois corroboradas pelos elementos dos autos.

Nesse aspecto, não se ignora que, por conta da fratura narrada, o 3º quirodáctilo direito passou a apresentar deformidade. Disso dão conta as fotos de fls. 66/67 e a perícia realizada em sede de pedido administrativo de auxílio-acidente, em que o perito autárquico relatou que houve perda da mobilidade da articulação interfalangeana distal desse dedo, com anquilose a 45º (fl. 129).

Ocorre que, a despeito dessa sequela, ambos os exames físicos (do INSS e do perito oficial) apontam para ausência de prejuízo funcional, já que a preensão e a pinça estão plenamente preservadas, bem como a força da mão.

Vale lembrar que a profissão de açougueiro (eminentemente braçal) envolve principalmente tais movimentos (pinça e preensão), de forma que a anquilose existente (na posição em que verificada, ou seja, 45º) em nada atrapalha a funcionalidade da mão e, consequentemente, o desempenho de sua profissão.

Nesse contexto, inexistem evidências de comprometimento funcional em qualquer grau.

Como se sabe, consoante a legislação acidentária, não basta a existência da patologia ou sequelas, sendo de rigor que estas promovam **objetiva e atual** incapacidade para o trabalho – **não verificada no caso.**

Como já se decidiu:

"...a legislação acidentária não indeniza a lesão ou a doença; mas sim a efetiva redução da capacidade laborativa decorrente da atividade profissional. É o que dispõe o artigo 86, caput, da Lei nº 8.213/91: - "O auxílio acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, ***resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia****"."* (AP 644.309.5/5-00 – TJ/SP – 17ª Câm – Rel Alberto Gentil – 01/12/2009).

Em conclusão, diante de todo o conjunto probatório coligido, não comprovada a redução da capacidade laborativa, de rigor a manutenção da improce-

Acesso ao Sumário

dência do pedido, observando, no entanto, que o autor é isento dos encargos da sucumbência, conforme art. 129, § único, da Lei nº 8.213/91, não subsistindo, então, a condenação imposta em sentença.

Por fim, cumpre apreciar o apelo do INSS.

Nesse aspecto, não se ignora o quanto decidido pelo C. STJ, no julgamento do Tema nº 1.044: "*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*".

Tal restituição, todavia, deve ser pleiteada em ação autônoma, com vista a garantir o contraditório e a observância do devido processo legal ao Estado, que não participou da presente ação, atento, outrossim, à competência (**absoluta**) especializada dos juízos *a quo* e *ad quem* (matéria estritamente acidentária, sem envolvimento da Fazenda Pública).

Acrescente-se que, a rigor, não se opera coisa julgada e, portanto, não se forma título executivo hábil e eficaz, a sentença em processo com vício ou, como no caso vertente, em que houve ausência de citação.

Nesse sentido (***destaques meus***):

"2. O cabimento da querela nullitatis insanabilis é indiscutivelmente reconhecido em caso de defeito ou ausência de citação, se o processo correu à revelia (v.g., CPC, arts. 475-L, I, e 741, I). Todavia, a moderna doutrina e jurisprudência, considerando a possibilidade de relativização da coisa julgada quando o decisum transitado em julgado estiver eivado de vício insanável, capaz de ***torná-lo juridicamente inexistente****, (...)"* (Resp 1252902/SP, Rel. Min Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 04.10.2011).

Mais:

"4. Atos inexistentes.

Anota LOPES DA COSTA que 'a figura da inexistência, se discutível no direito civil, ***é indispensável em direito processual', posto que em casos como o da sentença proferida por quem não se acha investido da função jurisdicional, ou prolatada por autoridade judiciária, mas sem o pressuposto da existência de processo válido, o ato jamais poderá ser havido sequer como sentença, para qualquer efeito de direito processual.***

Para MICHELI, há inexistência, em tema de processo, quando o ato não tenha sequer os requisitos mínimos para ser considerado como ato processual.

A inexistência, de fato, visualiza um problema anterior a toda ideia de validade do ato. ***Como destaca COUTURE, não se refere à eficácia, mas à vida mesma do ato. O ato inexistente, na realidade, não é ato, mas simples fato, sem a mínima relevância jurídica. Um quid incapaz de todo e qualquer efeito.*** *Por isso, conclui o processualista uruguaio, 'o ato inexistente (fato) não pode ser convalidado, nem necessita ser invalidado'.*

Há autores, como LIEBMAN que nivelam a inexistência com a nulidade

ipsu iure. Enquanto, outros, como PONTES DE MIRANDA, procuram distinguir os dois defeitos ou vícios. ***De qualquer maneira, a questão é puramente acadêmica, já que do ponto de vista prático os efeitos equivalem-se, impedindo a formação de res iudicata****." (Doutrina: Nulidades no Código de Processo Civil (AS), HUMBERTO THEODORO - Ministério Público do Estado de São Paulo http://www.mpsp.mp.br › portal › RDC_01_136 pdf).*

Com isso, a pretensão recursal autárquica não pode ser acolhida.

POSTO ISTO, pelo meu voto, rejeitada a matéria preliminar, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001700-06.2021.8.26.0439, da Comarca de Pereira Barreto, em que é apelante LUIZ ANTONIO CAMILO, é apelado SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.472)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 14 de novembro de 2023.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Servidor aposentado – Doença incapacitante – Alegação de que há sentença confirmada por acórdão, concedendo a imunidade parcial – Caso em que não há ofensa à garantia da coisa julgada, pois houve alteração no regime remuneratório, não havendo direito adquirido, no caso – Emenda Constitucional nº 103/19 que revogou o art. 30, § 21 da Constitucional Federal, que previa a imunidade do pagamento de contribuições pelos portadores de doenças incapacitante – Lei Complementar Estadual nº 1.354/2020, que entrou em vigor em 07 de março de 2020, que cuidou do tema, no art. 32, revogando, expressamente, o dispositivo que previa o benefício – Caso em que não houve ofensa ao princípio indicado, pois os descontos se iniciaram em abril de 2020 – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Luiz Antonio Camilo** contra ato da **SPPrev – São Paulo Previdência**. Diz a inicial que o impetrante é servidor aposentado, acometido de doença incapacitante e que teria direito à cessação do desconto da contribuição previdenciária. Relatou que o processo nº 0003452-74.2014 teve sentença confirmada pelo acórdão do TJSP, que entendeu que o impetrante teria direito à isenção do IR, bem como à imunidade previdenciária, tendo o acórdão transitado em julgado em junho de 2016. Disse que, a partir de julho de 2021, o impetrado passou a efetuar descontos a título de contribuição previdenciária. Sustenta que a ação teria como causa de pedir o ato ilegal de "violação à coisa julgada". Requereu a cessação dos descontos, assim como a condenação à devolução dos valores descontados indevidamente, a título de contribuição previdenciária, com juros e correção monetária.

Tutela de urgência indeferida, a fls. 46.

A Fazenda Pública ingressou como assistente litisconsorcial, alegando a decadência do direito de impetrar mandado de segurança e a ilegitimidade da Fazenda Pública do Estado.

Notificada, a SPPrev alegou a ilegitimidade da Fazenda e impugnou a justiça gratuita.

A ordem foi denegada (fls. 95) pela juíza *Ana Flávia Jordão Ramos Fornazari*.

Insatisfeito, apela o autor. Recurso tempestivo e contrariado.

É o relatório.

O impetrante requereu que cessassem os descontos da contribuição previdenciária, da forma indicada no acórdão que confirmou sentença de primeiro grau, no processo nº 0003452-74.2014, sob pena de ofensa à coisa julgada.

A sentença de fls. 96 entendeu que não houve ofensa à coisa julgada em virtude da alteração do regime remuneratório, inexistindo direito adquirido na hipótese.

A imunidade de parte da contribuição previdenciária era garantida pelo artigo 40 §§ 18 e 21 da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. **(Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003) (Vide ADIN 3133) (Vide ADIN 3143) (Vide ADIN 3184)**

§ 21. A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, **quando o beneficiário, na**

forma da lei, for portador de doença incapacitante. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (Vigência) (Vide Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

A Emenda Constitucional nº 103/19 revogou o § 21 do artigo 40 da Constituição Federal, que previa a imunidade parcial para o pagamento de contribuição pelos portadores de doenças incapacitantes.

> *"Art. 35. Revogam-se: I – os seguintes dispositivos da Constituição Federal:* ***a) o § 21 do art. 40****; (...) Art. 36. Esta Emenda Constitucional entra em vigor: I – no primeiro dia do quarto mês subsequente ao da data de publicação desta Emenda Constitucional, quanto ao disposto nos arts. 11, 28 e 32; II – para os regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quanto à Alteração promovida pelo art. 1º desta Emenda Constitucional no art. 149 da Constituição Federal e às revogações previstas na alínea 'a' do inciso I e nos incisos III e IV do art. 35, na data de publicação de lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo que as referende integralmente; III – nos demais casos, na data de sua publicação".*

Tem-se entendido que a isenção não gera direito adquirido. Mas o caso é de imunidade, posto seja constitucionalmente qualificada, diferentemente da isenção, cuja criação é legal.

O apelante já havia adquirido direito à imunidade, tanto pela situação fática em que se encontrava quanto pela decisão judicial que lhe reconheceu esse direito.

Por isso deveria fazer jus à manutenção da situação que ostentava, agasalhado que estava pelo direito adquirido, situação que por nova lei, mesmo constitucional, poderia ser afastada. Isso porque a garantia do direito adquirido vem estabelecida em cláusula pétrea da Constituição Federal, o que lhe garante primazia em relação a nova lei, ainda que emenda constitucional, que estabeleça a perda do direito.

Infelizmente, porém, nossos Tribunais Superiores vêm colocando acima da hierarquia consagrada das leis as regras econômicas, imaginadas por aqueles que pensam nos números e não nas pessoas, que machucam a estabilidade legal em suposto benefício de estabilidade financeira a qual, aliás, não conseguem atingir.

Com o julgamento do mérito do RE nº 630.137/RS, Tema nº 317, DJe 12.03.2021, restou firmada pelo Supremo Tribunal Federal a seguinte tese:

> "Ementa: Direito constitucional, tributário e previdenciário. Recurso extraordinário com repercussão geral. Contribuição previdenciária. Não incidência. Portadores de doenças incapacitantes. Norma de eficácia limitada. 1. Repercussão geral reconhecida para determinação do alcance da não incidência prevista no § 21, do art. 40 da Constituição, acrescen-

Acesso ao Sumário

tado pela ED nº 47/2005. O referido dispositivo previa a não incidência de contribuição previdenciária sobre a parcela de proventos de aposentadoria e pensão que não superasse o dobro do limite máximo do regime geral de previdência social, quando o beneficiário, na forma da lei, fosse portador de doença incapacitante. O presente recurso envolve a análise de dois aspectos: (i) a autoaplicabilidade do dispositivo; e (ii) se o Poder Judiciário, na ausência de lei regulamentar, pode utilizar norma que dispõe sobre situação análoga para disciplinar a matéria. No caso concreto, o Tribunal de origem considerou a norma autoaplicável e determinou a restituição dos valores retidos a partir da publicação da EC nº 47/2005. 2. Há Acórdãos do Plenário desta Corte que consideram o art. 40, § 21, da Constituição Federal norma de eficácia limitada, cujos efeitos estão condicionados à edição de legislação infraconstitucional para regulamentar as doenças incapacitantes aptas a conferir ao servidor o direito à referida não incidência. Alinho-me a esses precedentes, aplicando-os ao presente caso a fim de conferir efeitos vinculante à tese jurídica neles firmada. 3. Além disso, a jurisprudência do Tribunal é pacífica no sentido de ser inviável a extensão pelo Poder Judiciário de norma de desoneração tributária a título de isonomia. Dessa forma, incabível a utilização, por analogia, de leis que regem situação diversa da presente hipótese. 4. Recurso extraordinário provido. Modulação dos efeitos do presente acórdão, a fim de que os servidores e pensionistas que, por decisão judicial, vinham deixando de pagar as contribuições não as tenham que restituir. Nesses casos, o acórdão terá eficácia **somente a partir da publicação da ata de julgamento**, momento em que os entes que não tenham editado lei regulamentando o dispositivo poderão voltar a reter as contribuições previdenciárias. 5. Fixação da seguinte tese em sede de repercussão geral: 'O art. 40, § 21, da Constituição Federal, enquanto esteve em vigor, era norma de eficácia limitada e seus efeitos estavam condicionados à edição de lei complementar federal ou lei regulamentar específica dos entes federados no âmbito dos respectivos regimes próprios de previdência social'". (RE 630137, rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 01 de março de 2021, Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJe-047, publicado em 12 de março de 2021).

Na oportunidade, restou consignado que "*(...) A revogação da norma não apaga os efeitos pretéritos que eventualmente tenha produzido, devendo esta Corte estabelecer o regime jurídico aplicável às situações constituídas no passado. Em segundo lugar, porque o art. 36, II, da EC 103/2019 condicionou a sua revogação, no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, à publicação de lei de iniciativa privativa do Poder Executivo que as referende integralmente, de modo que, com a imposição de condição para a revogação caberá a cada*

Acesso ao Sumário

ente legislar para conferir eficácia ao art. 35, I, a, da EC 103/2019".

No Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 1.354/20, que, em seu artigo 32, referendou a revogação mencionada, **foi publicada em 07 de março de 2020**, de sorte que, a partir desta data, não mais vigora a possibilidade de imunidade, razão pela qual reconhece-se o direito do impetrante à restituição dos valores retidos apenas no período entre o indeferimento do pedido administrativo e a data anterior à vigência da Lei Complementar nº 1354/20, ou seja, **06 de março de 2020**.

> *"Artigo 32 – Fica referendada integralmente a alteração promovida pelo artigo 1º da Emenda à Constituição Federal nº 103, de 12 de novembro de 2019, no artigo 149 da Constituição Federal, bem como à revogação do § 21 do artigo 40, dos artigos 2º, 6º e 6º-A da Emenda Constitucional nº 41, de 5 de julho de 2005, promovida pela alínea a do inciso I e pelos incisos III e IV do artigo 35 da Emenda Constitucional Federal nº 103 de 12 de novembro de 2019".*

Segundo observou a sentença, não houve ofensa à coisa julgada, no caso, pois os descontos se iniciaram em abril de 2020, de acordo com as novas regras estipuladas pela referida lei complementar.

Assim, para não criar desnecessária litigiosidade, mantém-se a sentença, acompanhando, com pesar, a solução do Tema 317 acima citado.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025889-71.2023.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA LUISA EVARISTO DO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ESTADO DE SÃO PAULO (E OUTROS(AS)) e INSTITUTO DE PAGAMENTOS ESPECIAIS DE SÃO PAULO - IPESP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.114)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente) e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 1º de dezembro de 2023.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – APOSENTADORIA – PREPOSTA

Acesso ao Sumário

ESCREVENTE DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL.
Pretensão de declaração de aplicabilidade do regime previdenciário previsto na Lei 10.393/70, com fixação de proventos em salários-mínimos e redução da alíquota de contribuição previdenciária.
Sentença de improcedência.
MÉRITO – Lei Estadual 14.016/10 que alterou o cálculo de reajuste do benefício, com fixação pelo IPC-FIPE e majorou a alíquota de contribuição previdenciária, de 5% para 11% – Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.420/SP que não discutiu os dispositivos referentes ao índice de reajuste e à limitação da contribuição previdenciária, limitando-se a analisar os artigos 1º, 3º, 4º e 17 da Lei Estadual 14.016/10 – Inexistência de direito adquirido à formula de revisão do benefício ou à alíquota de contribuição dos segurados aposentados – Entendimento consolidado do STF no sentido de que 'Não há direito adquirido a regime jurídico, notadamente à forma de composição da remuneração de servidores públicos, observada a garantia da irredutibilidade de vencimentos previdenciário' (RE 563.708) – Contribuição previdenciária que constitui obrigação de natureza tributária, inexistindo norma que confira direito a não recolhimento de tributo – Majoração, portanto, que não configura violação a direito adquirido – Vedação de reajustes de proventos de aposentadoria vinculados ao salário-mínimo, conforme art. 7º, IV, da Constituição Federal e Súmula Vinculante 4 do STF – Precedentes deste TJSP, inclusive desta 8ª Câmara de Direito Público – Improcedência que se impõe.
Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM ajuizada por MARIA LUISA EVARISTO DO NASCIMENTO, aposentada do cargo de preposta escrevente do 6º Tabelião de Protestos de Letras e Títulos da Comarca da Capital, contra o INSTITUTO DE PAGAMENTOS ESPECIAIS DE SÃO PAULO - IPESP e o ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando a declaração de que o

Acesso ao Sumário

regime previdenciário aplicável é o da Lei nº 10.393/70, com a fixação de seus proventos em 17 (dezessete) salários-mínimos e redução da alíquota de contribuição previdenciária, com pagamento das diferenças.

A sentença de fls. 350/357 julgou improcedente o pedido. Em razão da sucumbência, condenou a autora ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Inconformada com a sentença, apela a parte autora, com razões recursais às fls. 392/413. Repete, em suma, os fundamentos da inicial. Reafirma ter efetuado os recolhimentos previdenciários para a carteira de previdência das serventias não oficializadas da Justiça do Estado de SP regulamentada pela Lei Estadual 10.393/0. Aponta que a Lei 14.016 promoveu uma completa e grave desconstituição do status jurídico-constitucional da Carteira das Serventias. Alega que o julgamento da ADI nº 4420 ampara sua pretensão. Defende a inaplicabilidade da Súmula 4 do STF ao caso. Sustenta a presença de direito adquirido. Afirma a irredutibilidade dos proventos de aposentadoria. Colaciona jurisprudência a seu favor. Postula a procedência dos pedidos e requer a concessão do benefício da justiça gratuita.

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido às fls. 513/520.

É o relatório do necessário.

VOTO.

O recurso não merece provimento.

Busca a parte autora, por meio desta ação, a revisão de sua aposentadoria, sob o fundamento de que foi servidora de serventia extrajudicial e atendeu a todos os requisitos de sua aposentadoria sob a regência da Lei Estadual 10.393/70, mais favorável do que a atual no que diz respeito ao índice de reajuste do benefício. Desta forma, objetiva a fixação dos reajustes na mesma proporção do salário-mínimo, com fulcro na Lei Estadual 10.393/70, uma vez que preenchidos os requisitos de aposentadoria nos moldes da legislação anterior. Ainda, requer a redução da alíquota de contribuição previdenciária, que foi aumentada pela legislação superveniente. Por fim, requer o pagamento das diferenças.

A citada Lei Estadual 10.393/70, no que interessa à lide, assim dispõe:

Artigo 12 - **Sempre que se alterar o salário-mínimo na Capital do Estado, serão reajustados, na mesma proporção, os benefícios concedidos por esta lei.**

Parágrafo único - Vigorará o reajuste a partir do primeiro dia do mês seguinte àquele em que ocorrer a alteração.

Artigo 13 - **Os benefícios serão calculados em salários-mínimos, para que possam ser reajustados automaticamente, na forma do que dispõe o artigo anterior**.

Parágrafo único - O cálculo será feito até centésimos de salário-mínimo, arredondando-se para mais a fração igual ou superior a cinco milésimos e

Acesso ao Sumário

desprezando-se a inferior. (gn).

Ocorre que, posteriormente, a Lei 14.016/2010, que extinguiu a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, dispôs:

Artigo 12 - **Os benefícios da Carteira serão reajustados anualmente, no mês de janeiro, de acordo com a variação do IPC-FIPE (Índice de Preços ao Consumidor apurado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas), calculados sobre os doze últimos meses, ou desde a data do último reajustes e inferior a este período.**

Parágrafo único - O reajuste de que trata o "caput" deste artigo, assim como a concessão de novos benefícios, somente será aplicado se ficar previamente demonstrada a manutenção do equilíbrio atuarial pelo estudo técnico a que se refere o artigo 51 desta lei, além da existência de recursos financeiros disponíveis na Carteira.

Artigo 13 - Os benefícios da Carteira serão calculados de acordo com a tabela anexa, cujo valores serão reajustados anualmente no mês de janeiro e nos exercícios seguintes pelo mesmo índice e periodicidade previstos no artigo 12, vedada qualquer reclassificação.

Parágrafo único - A tabela anexa prevalecerá para fixar-se o valor dos benefícios, independente mente de alterações que possam surgir na organização extrajudicial do Estado.

(...)

Artigo 45 - Para cobertura de despesas administrativas e para assegurar o equilíbrio atuarial da Carteira:

I - os participantes em atividade contribuirão mensalmente com 11% (onze por cento) sobre o total de sua remuneração;

II - os titulares de Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado que tenham participantes em atividade contribuirão com valor equivalente ao referido no inciso I deste artigo;

III - os participantes inativos e pensionistas contribuirão mensalmente com 11% (onze por cento) do valor dos benefícios em manutenção;

IV - ser-lhe-ão repassadas, observado o disposto no artigo 50 desta lei, as parcelas previstas na alínea 'c' do inciso I e na alínea 'b' do inciso II do artigo 19 da Lei nº 11.331, de 26 de dezembro de 2002. (gn).

Os artigos 12 e 13 reproduzidos acima foram revogados pela Lei 16.877/18, sendo mantido, porém, o reajuste de acordo com o IPC-FIPE:

Artigo 9º - Os beneficiários da Carteira das Serventias, em gozo de aposentadoria ou pensão, bem como os atuais participantes ativos quando requererem, preenchidos os requisitos do artigo 20 da Lei nº 10.393, de 16 de dezembro de 1970, com alterações posteriores, receberão seus benefícios diretamente da Secretaria da Fazenda.

Parágrafo único - **O valor do benefício a que se refere este artigo será**

Acesso ao Sumário

reajustado anualmente de acordo com o índice de inflação calculado pelo Índice de Preços ao Consumidor - IPC, apurado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE.

Parte das alterações promovidas pela Lei 14.016/10 foi analisada pelo STF na ADI 4420/SP, que, em relação a diversos pontos, decidiu pela preservação do direito adquirido àqueles que, na data da publicação da lei, já estavam em gozo de benefício ou tinham cumprido os requisitos necessários à concessão com base na Lei Estadual 10.393/70. Veja-se:

> Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Extinção da Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado de São Paulo. Proteção dos direitos adquiridos. Direito à contagem recíproca do tempo de serviço. **1. A Lei nº 14.016, de 12.04.2010, do Estado de São Paulo, que declarou em regime de extinção a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça daquele Estado, não padece de inconstitucionalidade formal,** visto que o constituinte conferiu aos Estados-membros competência concorrente para legislarem sobre previdência social, consoante o disposto no art. 24, XII, da Constituição Federal. **2. A extinção da Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça daquele Estado, embora possível por meio da referida lei, deve, contudo, respeitar o direito adquirido dos participantes que já faziam jus aos benefícios à época da edição da lei, bem como o direito à contagem recíproca do tempo de contribuição para aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social (CF, art. 201, § 9º) dos participantes que ainda não haviam implementado os requisitos para a fruição dos benefícios.** 3. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para: (i) declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, *caput*, e § 1º, da Lei nº 14.016/2010, do Estado de São Paulo, no que excluem a assunção de responsabilidade pelo Estado; **(ii) conferir interpretação conforme a Constituição ao restante do diploma impugnado, proclamando que as regras não se aplicam a quem, na data da publicação da lei, já estava em gozo de benefício ou tinha cumprido, com base no regime instituído pela Lei estadual nº 10.393/1970, os requisitos necessários à concessão;** (iii) quanto aos que não implementaram todos os requisitos, conferir interpretação conforme para garantir-lhes a faculdade da contagem de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social, nos termos do art. 201, § 9º, da Constituição Federal." (Relator: MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08- 2017).

No caso dos autos, como a aposentadoria preencheu os requisitos para

Acesso ao Sumário

se aposentar em momento anterior à data da entrada em vigor da Lei Estadual 14.016/10, está abrangida pelo decidido pelo STF na ADI 4.420/SP.

Ocorre, entretanto, que referida ADI analisou apenas os artigos 1º, 3º, 4º e 17, da Lei Estadual 14.016/10, bem como a redação conferida pela norma contestada ao artigo 51 da Lei Estadual 10.393/70.

Não foi reconhecido em tal acórdão, portanto, direito adquirido à fórmula de revisão do benefício ou à alíquota da contribuição dos segurados aposentados, assuntos sobre os quais o STF não se manifestou no ADI, conforme reconhecido por decisões monocráticas recentes de ministros do Tribunal (como, por exemplo, nas reclamações constitucionais Rcl 43321, Rcl 41759 e Rcl 42874).

Deste modo, em relação a ambas as questões, devem ser aplicadas as regras estabelecidas pela legislação vigente, observando-se entendimento consolidado do STF segundo o qual "*Não há direito adquirido a regime jurídico, notadamente à forma de composição da remuneração de servidores públicos, observada a garantia da irredutibilidade de vencimentos previdenciário*" (RE 563.708).

Sobre o reajuste, é evidente que o pagamento de aposentadoria em vinculação ao salário mínimo e seu reajuste na mesma proporção ao salário- mínimo regional não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, conforme a disposição de seu art. 7º, inciso IV, e, ainda, com base no teor da Súmula Vinculante 4 do STF ("*Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial*."), que objetiva evitar recomposições remuneratórias indexadas ao salário mínimo.

A obrigação de pagamento de contribuição previdenciária, por sua vez, constitui obrigação de natureza tributária, inexistindo qualquer norma jurídica que confira direito a não recolhimento de tributo. Sua majoração não configura, portanto, violação a direito adquirido.

Neste sentido, seguem julgados deste Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive desta 8ª Câmara de Direito Público:

> APELAÇÃO – Pretensão do autor de condenação do IPESP e da FESP à obrigação de fazer consistente em corrigir seus proventos desde maio de 2008 até a entrada em vigor da Lei Estadual nº 14.016/2010, com base no IPCA e à correção de seus proventos desde 2010, com base no salário-mínimo estabelecido pela Lei Estadual nº 10.394/70. Sentença de extinção do feito, sem apreciação de mérito, em relação ao IPESP, e de improcedência em relação à FESP, que deve ser mantida. **A forma de cálculo dos proventos a que pleiteia o autor, buscando ancorar-se no quanto julgado na ADI nº 4.420/SP, é o retorno ao regime jurídico anterior, com sua vinculação ao salário-mínimo, o que não se admite. Possibilidade de reestruturação da forma de atualização monetária**

Acesso ao Sumário

dos proventos da serventia extrajudicial, desde que tal situação não implique afronta à garantia constitucional de irredutibilidade dos vencimentos (art. 37, XV, da CF/88). Incompatibilidade constitucional, ademais, das normas evocadas, em razão da vedação da utilização do salário-mínimo como fator de indexação (art. 7º, inciso IV, da CF/88). Inteligência do Enunciado nº 4, da Súmula Vinculante do E. STF. Precedentes deste Tribunal de Justiça. RECURSO DESPROVIDO.
(TJSP; Apelação Cível 1056559-34.2019.8.26.0053; 8ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Antonio Celso Faria; j. em 09/12/2020) (gn);
APELAÇÃO. REVISÃO DE APOSENTADORIA. JUSTIÇA GRATUITA. Admissibilidade. Presunção relativa da declaração de hipossuficiência, prevista no art. 99, § 3º, do CPC. Carência financeira comprovada. ESCREVENTE DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. REAJUSTE DE PROVENTOS COM BASE NO SALÁRIO-MÍNIMO. **Pretensão de manutenção do regime jurídico fixado pela Lei 10.393/70, com reajuste do benefício previdenciário atrelado ao salário-mínimo e alíquota de contribuição previdenciária limitada a 5%. Impossibilidade. Vedação constitucional ao emprego do salário-mínimo como indexador. Inteligência do art. 7º, IV, da CF e da Súmula Vinculante 4. Lei Estadual 14.016/10 que alterou o cálculo de reajuste do benefício, com fixação pelo IPC-FIPE e majorou a alíquota de contribuição previdenciária. Julgamento da ADI 4.420/SP que não discutiu os dispositivos referentes ao índice de reajuste, nem à limitação da contribuição previdenciária. Ausência de direito adquirido a regime jurídico.** Precedentes. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
(TJSP; Apelação Cível 1002535-22.2020.8.26.0053; 2ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Alves Braga Junior; j. em 21/12/2020) (gn);
APELAÇÃO – Aposentadoria de preposto escrevente – **Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas – Pretensão de manutenção do regime jurídico fixado pela Lei nº 10.393/70, com alíquota de contribuição previdenciária limitada a 5% e reajuste pelo salário-mínimo** – Sentença de improcedência – Irresignação – Descabimento – **Impossibilidade de reajuste indexado com base no salário-mínimo – Inteligência do art. 7º, IV, da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 04 Lei Estadual nº 14.016/10 que alterou o índice de reajuste, fixando o IPC-FIPE – Julgamento da ADI nº 4.420/SP que não discutiu os dispositivos relacionados ao índice de reajuste do benefício, nem à limitação da contribuição previdenciária** – Ausência de direito adquirido a regime jurídico – Precedentes desta Corte e do STF – Manutenção da sentença – Desprovimento do recurso interposto.
(TJSP; Apelação Cível 1001025-03.2022.8.26.0053; 1ª Câmara de Direi-

Acesso ao Sumário

to Público; Rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia; j. em 29/11/2022);

APELAÇÃO. Ação do rito ordinário. Funcionário de serventia extrajudicial. Pretensão do autor de que fosse declarado seu direito adquirido ao regime previdenciário instituído pela LE n.º 10.393/70, com indexação dos proventos ao salário-mínimo e limitação da alíquota de contribuição previdenciária em 5%. Sentença que julga a ação improcedente. Manutenção. **LE n.º 10.393/70 que não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Vedação de vinculação do salário-mínimo para qualquer fim, conforme o art. 7º, IV, da CR e a Súmula Vinculante n.º 4, do STF. Inexistência de direito adquirido a regime jurídico, respeitada apenas a irredutibilidade de vencimentos. Legalidade da majoração da alíquota, inexistindo direito a não recolhimento de tributo.** Precedentes da Câmara e deste Tribunal de Justiça. Sentença mantida. Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 1027999-48.2020.8.26.0053; 10ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Marcelo Semer; j. em 09/02/2021) (gn).

Ou seja, mesmo que se considere que a autora preencheu requisitos para aposentadoria em momento anterior à edição do novo regramento, inexiste direito adquirido ao reajuste dos proventos, daí porque inviável o acolhimento de sua pretensão.

Por assim ser, de rigor a improcedência do pedido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

Em razão da sucumbência recursal, majoro os honorários advocatícios em 10% sobre o valor já fixado, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC, observada eventual gratuidade de justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001333-31.2019.8.26.0607, da Comarca de Tabapuã, em que é apelante APEOESP - SINDICATO DOS PROFESSORES DO ENSINO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MUNICÍPIO DE NOVAIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.905)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 4 de dezembro de 2023.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação civil pública – Município de Novais – Professores de Educação Básica – Pretensão ao piso salarial do magistério (Lei nº 11.738/2008) de forma escalonada – Legislação que estabelece o piso salarial dos professores, mas não impõe reajuste geral e anual de salários de todos os integrantes do magistério – Vinculação da Administração ao princípio da legalidade – Poder Judiciário que não pode suprir eventual falta, nem pode aumentar vencimentos fundado no princípio da isonomia (STF, Súmula Vinculante nº 37) – Sentença de parcial procedência mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela **APEOESP - Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo** (fls. 1.610/1.632), em ação civil pública ajuizada em face do **Município de Novais**, contra a r. sentença (fls. 1.596/1.607), que julgou parcialmente procedente o pedido, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC para: a) determinar que o requerido cumpra o piso salarial estipulado pela Lei n.º 11.738/2008, de forma proporcional à carga horária dos integrantes do Magistério Municipal de Novais/SP, a partir da competência 01/2015; b) condenar a Fazenda requerida ao pagamento aos requerentes das diferenças dos vencimentos percebidos em patamar inferior ao piso nacional, com acréscimos de férias, terço de férias constitucional e gratificação natalina, procedendo-se ao recolhimento do valor a título de contribuição previdenciária, observada a prescrição quinquenal. O valor do pagamento das diferenças deverá ser apurado em sede de cumprimento de sentença. A atualização monetária se dará pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), desde o pagamento não realizado (evento lesivo) e juros de mora segundo o índice de remuneração básica da poupança, a partir da citação, observado o decidido no Tema 810 do STF e 905 do STJ, somente até a vigência da EC nº 113/2021, quando deverá incidir a taxa SELIC (para juros e correção monetária). Ante a sucumbência recíproca, e tendo a parte requerida decaído de maior parte (artigo 86, parágrafo único, do CPC), foi condenada ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados em 10% (dez) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º e § 3º, I, do Código de Processo Civil. Sem custas processuais, uma vez que a parte vencida é isenta, nos termos do artigo 6º, da Lei Estadual nº 11.608/03.

O sindicato-autor pretende o provimento do recurso, arguindo, em sín-

Acesso ao Sumário

tese: **(a)** não deve prevalecer a parte da sentença que indeferiu o pedido de reescalonamento da adoção do valor do piso salarial profissional nacional ao salário base do início da carreira; **(b)** é obrigatória a adequação do salário base dos profissionais do Município-réu ao piso salarial profissional nacional, visto que esse piso salarial é um princípio constitucional previsto no artigo 206 da Constituição Federal; **(c)** adequado o vencimento inicial da carreira, para fins de cumprimento do piso nacional do magistério, os demais professores e da classe de especialistas da educação, classificados em níveis e faixas superiores devem ser beneficiados, sob pena de violação ao plano de carreira dos profissionais de educação do Município de Novais; **(d)** deve haver reflexo imediato sobre as vantagens financeiras que tenham o vencimento inicial (salário base) na base de cálculo, como os adicionais temporais e de função; **(e)** a repercussão automática não é por conta da lei 11.738/08, mas em razão da legislação local, que organizou a carreira a partir do vencimento inicial, sendo que o Município, com todos os entes federados, deve cumprir o piso salarial profissional nacional no vencimento inicial da carreira, visto que nenhum professor pode receber valor inferior ao do piso salarial profissional nacional; **(f)** a repercussão na carreira é automática, em virtude do plano de carreira do magistério municipal; **(g)** o acolhimento do pedido de escalonamento na carreira não importa em nenhuma violação à Súmula Vinculante nº 37 ou Súmula 339, ambas do C. STF, pois cabe ao Poder Judiciário a tarefa de zelar pelo cumprimento da Constituição Federal e das leis, no sistema de pesos e contrapesos; **(h)** e o Colendo STF, analisando o *leading case* do RE 1326541 (Tema 1218), cujo julgamento foi concluído em 27/05/2022, reconheceu a repercussão geral da matéria dos reflexos na carreira da adoção do piso salarial profissional nacional.

Processado o recurso, foi contrariado (fls. 1.644/1.654), e os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça e a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 1.666/1.671).

É o relatório em acréscimo ao da r. sentença.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Com efeito, a questão central do presente recurso cinge-se à aplicação aos sindicalizados do piso salarial instituído pela Lei nº 11.738/2008, de constitucionalidade afirmada pelo STF, conhecida como "*Lei de Piso Nacional do Professorado*", bem como a incidência escalonada do mencionado piso.

O sindicato-autor requer que o Município-réu seja condenado e obrigado a pagar e cumprir o piso nacional do professor, constante na Lei nº 11.738/2008, com reflexos para toda a carreira de professores, anotando-se que a única questão devolvida ao segunda grau é o escalonamento.

Em que pese o entendimento contrário, a r. sentença de improcedência da demanda, neste aspecto do escalonamento, está correta, e, daí, não vinga o apelo.

Acesso ao Sumário

Confira-se a r. sentença, na parte em que julgou o pedido improcedente:

"De outra banda, não há se falar em incidência escalonada do piso nacional do Magistério para todas as faixas, níveis ou classes da carreira. O Superior Tribunal de Justiça no bojo do REsp nº 1.426.210 determinou que o vencimento inicial das carreiras do Magistério não pode ser inferior ao piso nacional, não havendo incidência automática para toda a carreira caso não haja determinação específica na legislação local. E assim sendo, firmou-se a seguinte tese:

> *Tema nº 911: A Lei n. 11.738/2008, em seu art. 2º, § 1º, ordena que o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica deve corresponder ao piso salarial profissional nacional, sendo vedada a fixação do vencimento básico em valor inferior, não havendo determinação de incidência automática em toda a carreira e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações, o que somente ocorrerá se estas determinações estiverem previstas nas legislações locais.*

No que atine ao presente feito, consoante parecer ministerial que se adota como razão de decidir: (...) a legislação municipal sobre o tema, não prevê o reajuste escalonado na carreira. O art.30 da Lei Complementar nº 27/2006 (fl.192) dispõe que "A remuneração mensal dos ocupantes de cargos integrantes do Quadro do Magistério Municipal será aquela expressa na escala de níveis e graus constantes do Anexo III e IV que faz parte integrante da presente lei". Oportunamente, a Lei Complementar municipal nº 63/2014 (Anexos III e IV), alterou a tabela de vencimentos descrita na Lei Complementar nº 27/2006 (fls.157/158). Desta forma, partindo-se do pressuposto que não há escalonamento automático em toda a carreira, ou reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações da aplicação do piso salarial nacional dos profissionais do Magistério Público da educação básica quando não haja determinação expressa da legislação local, o que não ocorre no presente caso, caminho não há senão a improcedência da demanda neste ponto.

Por todo o exposto, de se julgar parcialmente procedente os pedidos autorais, a fim de que seja reconhecido tão somente o direito de os requerentes ao recebimento das diferenças entre o efetivamente pago e o devido de acordo com o piso nacional do magistério estabelecido pela Lei nº 11.738/2008, corrigidos monetariamente a partir do momento em que cada parcela deveria ter sido paga, a fim de resguardar a remuneração do servidor em relação ao valor que recebeu à época.

São esses os fundamentos jurídicos e fáticos, concretamente aplicados ao caso, suficientes ao julgamento da presente lide, considerando que outros argumentos deduzidos pelas partes no processo, referem-se a pontos irrelevantes ao deslinde da causa, incapazes de infirmarem a conclusão adotada na presente sentença, cumprindo-se os termos do artigo 489 do Código de Processo Civil/2015, não infringindo o disposto no §1º, inciso IV, do aludido artigo, 'para que possa ser considerada fun-

Acesso ao Sumário

damentada a decisão, o juiz deverá examinar todos os argumentos trazidos pelas partes, que sejam capazes, por si sós e em tese, de infirmar a conclusão que embasou a decisão' (Comentários ao Código de Processo Civil - Novo CPC Lei 13.105/2015, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, 2015, 1ª edição, ed. RT, p. 1155)".

Deveras, para além da questão da obrigatoriedade da imposição do piso nacional aos professores, que não foi devolvida a este segundo grau, é certo que, diferentemente do que sustenta o sindicato apelante, a legislação municipal não prevê, expressamente, que tal reajuste de base deva se dar de maneira escalonada para toda a carreira.

Sobre tal tema, inclusive, bem resumiu a douta Procuradoria Geral de Justiça:

"A Lei Complementar Municipal n° 27/2006, que dispõe sobre o Estatuto do Magistério Municipal (fls.182/220), no que tange aos vencimentos, estabeleceu em seu art. 30 que: 'A remuneração mensal dos ocupantes de cargos integrantes do Quadro do Magistério Municipal será aquela expressa na escala de níveis e graus constantes do Anexo III e IV que faz parte integrante da presente lei' (fl.192).

A Lei Complementar Municipal n° 63/2014, por sua vez, alterou a tabela de vencimentos descrita na Lei Complementar nº 27/2006, e trouxe o último reajuste promovido pelo ente público (fls.154/158).

Analisando a legislação em destaque, observa-se que não há determinação de que o vencimento inicial (piso salarial nacional) seja o ponto de partida da carreira e os demais níveis e faixas subsequentes, decorrentes da progressão na carreira, correspondam a um percentual do vencimento inicial, de modo a ensejar o reajuste automático pretendido.

Nota-se que o art. 30 da Lei Complementar Municipal nº 27/2006 previu que a remuneração está expressa nos termos dos anexos III e IV, os quais estabelecem as remunerações em valores nominais e, por isso, a previsão da evolução funcional em níveis, por si só, não pode ser encarada como autorização para aplicação escalonada de aumento dos vencimentos.

Destaca-se por fim que, o fato da Suprema Corte ter reconhecido a repercussão geral sobre a matéria, não implica reajuste automático do vencimento inicial da carreira com reflexos nos demais níveis, faixas e classes da carreira escalonada, independentemente na análise da legislação local, notadamente porque a matéria ainda se encontra pendente de julgamento (Tema 1218)"

Acesso ao Sumário

Destarte, o realinhamento remuneratório pretendido depende de edição de lei específica, dispondo sobre aumento de seus vencimentos, nos termos do comando contido no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal:

"(...) a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do artigo 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei espe-

cífica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índice".

Cuida-se, pois, de alteração que demanda determinação legislativa, não se admitindo que a omissão legal seja suprida pelo Poder Judiciário, mediante imposição forçada de reajuste anual, sob pena de indevido avanço da função jurisdicional na função legislativa, em afronta ao princípio da separação dos poderes e de suas funções.

Assim, faltam balizas normativas para o reajuste escalonado pretendido. E, omissões normativas desta natureza, que interferem diretamente na remuneração dos servidores e em despesas orçamentárias do ente público não comportam solução judicial inovadora, pois, como se verá, foi vedado pelo Pretório Excelso no específico caso dos autos.

E, quanto ao efeito em cascata, o STJ também se manifestou, no julgamento do Tema nº 911, REsp 1426210/RS, tendo sido firmada a tese de que: "*a Lei nº 11.738/2008, em seu art. 2º, § 1º, ordena que o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica deve corresponder ao piso salarial profissional nacional, sendo vedada a fixação do vencimento básico em valor inferior, não havendo determinação de incidência automática em toda a carreira e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações, o que somente ocorrerá se estas determinações estiverem previstas nas legislações locais*".

De qualquer forma, sem lei específica, então, não é possível o reajuste pretendido, nem sequer sob o escudo de eventual isonomia (Súmula 339 do STF: "*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia*").

A falta da previsão legal do reajuste, portanto, não justifica indenização nem o aumento forçado de vencimentos, por imposição judicial, nem importa em ofensa a norma constitucional alguma, inclusas as insertas nos itens do art. 37 da CF apontados em razões de recorrer, ao art. 7º, IV, da mesma CF, e ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Assim, não se pode negar que a questão, então, reclama aprofundamento político, mas, no plano do direito aplicável ao caso, observa- se que não há violação de direito, por ora verificado, lembrando, inclusive, que nem sequer há notícia de redução remuneratória.

Logo, é o caso de manter a r. sentença de parcial procedência da demanda.

Por fim, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no v. acórdão, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ, EDCL. no RMS nº 18.205/SP, rel. **Min. Felix Fischer**, j. 18/04/2006), mas, mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento do direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação/Remessa Necessária nº 1015681-62.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante THADEU DE ALMEIDA CASCELLI, é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral realizada pelo Dr. Renato Soares de Toledo Junior, OAB/SP 217063. Não conheceram do recurso do impetrante e negaram provimento ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. **(Voto nº 26.173)**

Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), RICARDO CHIMENTI e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 19 de outubro de 2023.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de segurança – Débitos pretéritos de IPTU (2003 a 2022) incidentes sobre imóvel arrematado judicialmente pelo impetrante – Arrematação judicial – Forma originária de aquisição da propriedade – Passivo tributário sub-rogado no preço que não acompanha o imóvel – Art. 130, parágrafo único, do CTN – O imóvel arrematado deixa de garantir os débitos tributários porventura existentes, cessando o caráter *propter rem* da obrigação, de modo que a Municipalidade requerida deve excluir de seu sistema os débitos anteriores à arrematação apontados sob o cadastro do imóvel arrematado – Sentença que deve ser mantida – Magistrado sentenciante aplicou corretamente o direito à espécie – Princípio "iura novit cúria" – RECURSO DO IMPETRANTE NÃO CONHECIDO E REEXAME NECESSÁRIO DESPRO-

Acesso ao Sumário

VIDO.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por Thadeu de Almeida Cascelli em face de ato Sr. Responsável Pelo Departamento Fiscal da Procuradoria Geral do Município de São Paulo.

O impetrante alega ter arrematado judicialmente o imóvel descrito na inicial em fevereiro de 2022, pagando o valor do lance e a comissão do leiloeiro. No entanto, alega que não só em razão das regras e exigências impostas no Edital de Intimação de Leilão, como também em decorrência da natureza *propter rem* dos débitos de IPTU, tinha conhecimento de que eventuais débitos remanescentes sobre o imóvel lhe seriam exigidos. Diante disso, requereu a concessão da segurança para: (i) reconhecimento da prescrição, relativamente aos exercícios 2003, 2013 e 2014 e da prescrição intercorrente, relativamente aos exercícios 2004 a 2012, dos débitos de IPTU referentes ao imóvel registrado sob o SQL nº 016.059.0271-3, com a consequente determinação para que a autoridade impetrada promova a respectiva baixa desses reconhecidos débitos inexigíveis, e, (ii) reconhecimento da regularidade do pagamento fracionado do IPTU relativo ao exercício de 2022.

Sobreveio a sentença de fls. 196/200 que, mantida integralmente pela decisão de fls. 225, concedeu em parte a segurança apenas para que, em relação ao impetrante e ao imóvel arrematado, não conste anotação de débitos anteriores à data de arrematação.

O impetrante apela às fls. 230/253. Em síntese, reitera os pedidos deduzidos na inicial. Pleiteia a reforma da sentença para que seja reconhecida a prescrição dos débitos dos exercícios de 2003, 2013 e 2014, bem como a prescrição intercorrente dos exercícios de 2004 a 2012, referentes a IPTU incidente sobre o imóvel. Pretende que seja reconhecida a regularidade do pagamento fracionado do IPTU de 2022 a fim de que a autoridade impetrada se abstenha de exigir o pagamento integral e imediato nos autos nº 1078386-57.2019.8.26.0100.

A apelada não apresentou contrarrazões (fls. 259). Feito sujeito ao reexame necessário, nos termos da sentença.

É o relatório.

O recurso do impetrante não merece ser conhecido por falta de interesse recursal e o reexame necessário deve ser desprovido. Com efeito, o impetrante narra ter arrematado o imóvel descrito na inicial e objeto do SQL nº 016.059.0271-3 em fevereiro de 2022 (fls. 30/31) e acredita ser o legítimo devedor dos débitos de IPTU existentes sobre o imóvel para o período de 2003 a 2022, ou seja, exercícios anteriores à arrematação. Nesse sentido, pugna pelo reconhecimento de prescrição originária e intercorrente de parte dos débitos, além da possibilidade de parcelamento do IPTU de 2022.

Acesso ao Sumário

Com base nos fatos narrados na inicial e nos documentos juntados aos autos, o magistrado *a quo* solucionou corretamente a lide aplicando o direito cabível. Em síntese, o juízo verificou que **o Município exige do arrematante débitos de IPTU anteriores à arrematação do imóvel** objeto do SQL nº 016.059.0271-3, razão pela qual não caberia reconhecer a prescrição originária ou intercorrente dos créditos, tampouco o direito ao parcelamento, mas a concessão parcial da segurança a fim de desatrelar tais pendências do nome do impetrante.

A sentença não merece nenhum reparo, mormente em razão de ser o juiz conhecedor do Direito aplicável aos fatos que lhe são apresentados (princípio "iura novit cúria"). Nesse sentido, "*sendo o douto magistrado conhecedor da legislação, o mesmo não fica adstrito apenas aos fundamentos trazidos pelas partes, podendo invocar outros, desde que decorrentes do mesmo fato sub judice*". (TJSP; Apelação Cível 1003271-05.2018.8.26.0152; Relator: Wanderley José Federighi; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Cotia - SAF - Serviço de Anexo Fiscal; Data do Julgamento: 27/04/2021; Data de Registro: 27/04/2021).

Senão, vejamos.

Conforme fundamentado em sentença, o art. 130, parágrafo único, do CTN é claro ao prescrever que eventuais encargos tributários pretéritos incidentes sobre a propriedade imobiliária, o domínio útil ou a posse de bens imóveis etc. serão sub-rogados no preço da arrematação, quando da aquisição do bem em hasta-pública:

> Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.
>
> Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

Isto porque, havido o bem em hasta pública, a sub-rogação do crédito tributário ocorre sobre o respectivo preço, valendo dizer que o arrematante recebe o imóvel do outro lado, se o produto da arrematação foi ou não destinado para a satisfação dos créditos tributários pendentes de pagamento.

Nesse sentido, citem-se os seguintes julgados do STJ:

> A arrematação de bem móvel ou imóvel em hasta pública é considerada como aquisição originária, inexistindo relação jurídica entre o arrematante e o anterior proprietário do bem, de maneira que os débitos tributários anteriores à arrematação sub-rogam-se no preço da hasta. (STJ, AgRg no Ag nº 1225813/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, J. em 23/03/2010, DJe de 08/04/2010).
>
> A arrematação em hasta pública extingue o ônus do imóvel arrematado, que

Acesso ao Sumário

> passa ao arrematante livre e desembaraçado de tributo ou responsabilidade, sendo, portanto, considerada aquisição originária, de modo que os débitos tributários anteriores à arrematação sub-rogam-se no preço da hasta. Precedentes: REsp 1.188.655/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 8.6.2010; AgRg no Ag 1.225.813/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8.4.2010; REsp 909.254/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma DJe 21.11.2008. (STJ, REsp nº 1179056/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, J. em 07/10/2010, DJe de 21/10/2010).

Ora, seria mesmo estranho supor a arrematação como forma derivada de aquisição da propriedade, vez que se estaria estabelecendo um artificioso vínculo jurídico entre o antigo proprietário do bem (executado-devedor dos tributos) e o arrematante.

Convém destacar que relação há apenas entre o antigo proprietário e o Estado-Fisco, e entre o arrematante e o Estado-Juiz. O vínculo que se estabelece não é obrigacional, mas decorrente unicamente da intervenção do Poder Público no direito de propriedade (expropriação).

À evidência disto, pode se afirmar que os débitos tributários pendentes sobre o imóvel arrematado, na dicção do art. 130, parágrafo único, do CTN, fazem persistir a obrigação do antigo proprietário perante o Fisco, posto ser impossível a transferência do encargo para o arrematante, ante a inexistência de vínculo jurídico deste último com os fatos jurídicos tributários específicos, ou com o sujeito tributário. Assim, "*[...] o executado, antigo proprietário, tem relação jurídico-tributária com o Fisco, e o arrematante tem relação jurídica com o Estado-juiz.* (REsp 1059102/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 03/09/2009).

Ademais, o edital do leilão também não fundamenta a cobrança dos débitos em face do impetrante. Veja-se o seguinte trecho do auto de arrematação (fls. 31):

> 4) **Conforme previsto no edital**, eventuais débitos de IPTU/ITR, foro e laudêmio quando o caso e demais tributos incidentes sobre o imóvel, bem como os débitos de condomínio que possuem natureza *propter rem*, terão preferência sobre os demais e **serão pagos com o produto da arrematação** [...]

Por decorrência lógica, se não se pode opor ao arrematante antigos débitos tributários incidentes sobre o imóvel arrematado.

Vale ressaltar, no tocante ao imóvel, que este, obviamente, deixa de garantir os débitos tributários porventura existentes, cessando o caráter *propter rem* da obrigação. Daí resulta que a dívida fiscal não persegue o imóvel quando da arrematação em leilão, "hasta pública", não competindo ao arrematante e demais adquirentes que o sucederem realizar eventual pagamento de fato gerador anterior a esta aquisição, ou sofrer qualquer tipo de restrição relacionada a esse bem, sob pena de restar configurada situação de insegurança jurídica por ocasião do leilão, o que, certamente, restringiria a participação de eventuais interessados na arrematação.

Acesso ao Sumário

A esse respeito pronuncia-se Hugo de Brito Machado: "*Se o bem imóvel é arrematado em hasta pública, vinculado ficará o respectivo preço. Não o bem. O arrematante não é responsável tributário (CTN, art. 130, parágrafo único). A não ser assim, ninguém arrematara bens em hasta pública, pois estaria sempre sujeito a perder o bem arrematado, não obstante tivesse pago o preço respectivo. Justifica-se o disposto no art. 130 do Código Tribunal Nacional porque entre o arrematante e o anterior proprietário do bem não se estabelece relação jurídica nenhuma. A propriedade é adquirida pelo arrematante em virtude de ato judicial e não de ato negocial privado*" (Curso de Direito Tributário, 31ª ed. Malheiros Editores, 2010, p. 161).

Nesse sentido: "*Assim, é que* ***a arrematação em hasta pública tem o efeito de expurgar qualquer ônus obrigacional sobre o imóv***el para o arrematante, transferindo-o livremente de qualquer encargo ou responsabilidade tributária. (STJ, REsp 1.059.102-RS (2007/0172311-9), Rel.: Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 03/09/2009). (g.n)

Portanto, o interesse de agir do impetrante extrai-se da prova pré-constituída, pois a Municipalidade não nega que lhe exige o pagamento dos débitos de IPTU remanescentes. No entanto, uma vez sentenciado o *writ*, o magistrado *a quo* determinou que os débitos anteriores à arrematação – que são todos os discutidos pelo impetrante – sejam desvinculados do nome do impetrante e do imóvel objeto da arrematação, justamente por ser parte ilegítima para responder pelas dívidas e até mesmo contestá-las requerendo parcelamento ou prescrição.

Nesse sentido, os seguintes trechos da sentença merecem destaque:

> A dívida existente, que é anterior à data da arrematação, em função da própria arrematação, deixa de ter caráter real e passa a ter caráter pessoal, devida pelo(s) anterior(es) proprietário(s) do imóvel, de quem o impetrado deverá cobrar o débito, se assim desejar, não devendo mais estar atrelada ao arrematante ou ao imóvel.
>
> Desse modo, entendo que não deve haver anotação dos débitos anteriores à data da arrematação nos assentamentos do contribuinte atrelado ao imóvel (nº 016.059.0271-3), tampouco anotação de tais débitos em nome do arrematante.
>
> Portanto, não é o caso de reconhecimento da ocorrência de prescrição, como pretende o impetrante, mas sim de que os débitos anteriores à data da arrematação não devem ser atribuídos ao arrematante ou ao bem arrematado.
>
> [...]
>
> Quanto ao pedido para o reconhecimento da regularidade do pagamento fracionado do IPTU relativo ao exercício de 2022, com a consequente determinação para que o impetrado deixe de exigir, nos autos do processo nº 1078386-57.2019.8.26.0100, o pagamento de uma só vez, entendo que deve ser indeferido.
>
> A arrematação ocorreu dia 09 de fevereiro de 2022 (fls. 30/31), quando já ocorrido o fato gerador do IPTU para o exercício de 2022, de modo que o sujeito

Acesso ao Sumário

passivo responsável pelo pagamento do imposto é o anterior proprietário do imóvel, e não o impetrante, que não detém legitimidade para impugnação da forma de cobrança eleita pela Municipalidade de São Paulo.

Nesse contexto, a sentença merece ser integralmente mantida, não havendo nada a prover no recurso de ofício.

Ademais, consoante fundamentação exposta, o impetrante não tem interesse recursal em pleitear a reforma da sentença, pois ainda que a segurança tenha sido concedida em parte – o que ocorreu em razão dos equivocados pedidos formulados na inicial – o resultado do julgamento é integralmente favorável ao apelante. A sentença afastou do apelante toda e qualquer exigência de débitos anteriores à arrematação, impondo à autoridade impetrada o dever de abster-se de cobrar quaisquer valores anteriores à arrematação, inclusive o IPTU de 2022.

Outrossim, não prevalece a alegação de que o apelante é responsável solidário pelos débitos de IPTU enquanto não houver o registro do título translativo do imóvel, uma vez que, consoante exaustivamente reiterado, a sub-rogação ocorre no preço já quitado pelo apelante nos autos da arrematação. Eventual débito remanescente deve ser exigido pelo Fisco do antigo proprietário. Nesse contexto, a situação ora em análise não tem qualquer semelhança com o entendimento do STJ acerca da solidariedade do compromissário comprador e promitente vendedor. Conforme já ressaltado, o STJ entende que a arrematação é forma originária de aquisição da propriedade o que diferencia em absoluto as situações.

A sentença faz coisa julgada e, na qualidade de decisão judicial, deve ser cumprida pela impetrada, inclusive no âmbito do Processo nº 1078386-57.2019.8.26.0100.

Sem condenação em honorários advocatícios (artigo 25 da Lei nº 12.016/2009).

Por fim, ficam expressamente prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes, ressalvando-se, outrossim, que o julgador não está "*obrigado a responder todas as alegações das partes, tampouco a rebater um a um todos os seus argumentos, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão*." (AgRg no Ag 1015397/RJ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2008/0000427-9, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 23.03.2010, DJE 12.04.2010).

Diante do exposto, **NÃO SE CONHECE DO RECURSO DO IMPETRANTE E NEGA-SE PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1013874-70.2023.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE SÍRIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.261)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), VICENTE DE ABREU AMADEI e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 20 de outubro de 2023.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA – ICMS-IMPORTAÇÃO – Pretensão inicial de declaração de inexistência da relação jurídico-tributária e o afastamento do ICMS das declarações de importação, bem como desembaraço aduaneiro das mercadorias – Procedência pronunciada em primeiro grau – Sentença que merece subsistir – Irresignação Fazendária – Imunidade tributária – Bens importados por entidade de assistência social, sem fins lucrativos – Possibilidade – Artigo 150, inc. VI, 'c', da Constituição Federal – Precedentes desta E. Corte e do Supremo Tribunal Federal – Artigo 155, § 2º, IX, 'a', da CF – Alteração trazida pela EC 33/2001 que, apesar de ampliar o leque de incidência do ICMS, não teve o condão de alterar as hipóteses de imunidade expressamente previstas no artigo 150, VI, 'c', da Constituição Federal – Precedentes desta E. 1ª Câmara de Direito Público – REMESSA NECESSÁRIA DESACOLHIDA E RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Ação Declaratória, com pedido liminar, movida por ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE SÍRIA em face do ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando cessar as exigências quanto ao ICMS nas operações de importação

descritas nas Declarações de Importação nº 23/0481961-2 e Proforma Invoice nsº 212264 e 212265, BEM como declarar a inexistência de relação jurídico-tributária com relação ao ICMS.

A r. sentença de fls. 243/247, cujo relatório ora se adota, concedeu a segurança, tornando definitiva a liminar, para "*(...)reconhecer a imunidade tributária no que toca à importação mencionada na petição inicial, possibilitando o desembaraço aduaneiro sem o recolhimento do ICMS. Arcará a ré com as custas processuais e os honorários advocatícios da parte contrária arbitrados nas faixas mínimas dos incisos do § 3º do art. 85 do CPC, sobre o valor corrigido da causa.*"

Soma-se à remessa necessária o apelo do ESTADO DE SÃO PAULO, buscando a inversão do resultado do julgamento (fls. 256/280). Que a Autora não seria uma entidade de assistência social, além disso o equipamento importado não seria utilizado em qualquer atividade assistencial, mas destinado ao Hospital HCOR, no qual não há atendimentos gratuitos, apenas serviços prestados onerosamente a pacientes particulares ou conveniados. Aduz que o Estatuto Social da autora, por si só, não serve para provar que preenche os requisitos do artigo 14 do Código Tributário Nacional, bem como os relatórios juntados também não são suficientes para provar o preenchimento dos requisitos. Aponta que pelo artigo 14 do Código Tributário Nacional, a imunidade em tela só pode ser concedida a instituições que realmente desenvolvam atividades em benefício de parte considerável da coletividade. A imunidade se refere apenas ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades mencionadas no artigo 150, VI, "c" da Constituição. O ICMS tem como fato gerador a circulação de mercadorias e não o patrimônio, renda ou serviços, portanto, não se enquadra na imunidade. Por fim, invoca o artigo 155 da Constituição Federal, a Lei Complementar nº 87/96 e a legislação estadual para argumentar que a imunidade não se aplica à importação de mercadorias por entidades filantrópicas.

Requer o conhecimento e o provimento do presente recurso de apelação para que o pedido da ora apelada seja julgado integralmente improcedente

Recurso tempestivo, regularmente processado e respondido (fls. 287/307).

Observado o prazo estabelecido pela Resolução nº 772/2017 do Egrégio Tribunal de Justiça, não houve oposição ao julgamento virtual.

É, em síntese, o relatório.

Bem examinada a questão posta em Juízo, vê-se que a irresignação recursal não comporta acolhimento.

Segundo relata a inicial, a parte autora é entidade beneficente de assistência social, característica que lhe confere imunidade tributária, a teor do artigo 150, VI, alínea 'c', da Constituição Federal.

O artigo 150, inciso VI, 'c', da Constituição Federal, assim apregoa:

Acesso ao Sumário

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)
VI - instituir impostos sobre:
(...)
c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;"

Frente ao dispositivo legal acima colacionado, vê-se que entidades assistenciais, sem fins lucrativos, possuem imunidade tributária, imunidade que alcança, sem sombra de dúvidas, a atividade descrita na inicial.

Assim é a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

REMESSA NECESSÁRIA – Mandado de Segurança – ICMS – Importação – Imunidade – Entidade de cunho beneficente e sem fins lucrativos – Importação de equipamentos para utilização de acordo com suas finalidades institucionais – Imunidade tributária (artigo 150, inciso VI, "c", da Constituição Federal c.c. artigo 14 do Código Tributário Nacional) – Direito reconhecido de efetuar o desembaraço aduaneiro das mercadorias sem comprovação do recolhimento do tributo – Precedentes – Recurso desprovido. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1004145-02.2021.8.26.0114; Relator: Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/02/2023; Data de Registro: 28/02/2023).

RECURSO OFICIAL – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO – ICMS – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – IMPORTAÇÃO DE BENS E EQUIPAMENTOS UTILIZADOS NA ATIVIDADE ESSENCIAL DA PESSOA JURÍDICA – ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS – PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DO REFERIDO BENEFÍCIO FISCAL – POSSIBILIDADE – PRETENSÃO AO DESEMBARAÇO ADUANEIRO INDEPENDENTEMENTE DO RECOLHIMENTO DO REFERIDO TRIBUTO ESTADUAL – POSSIBILIDADE. 1. Irregularidade, ilegalidade e nulidade manifesta, no ato administrativo ora questionado, demonstradas. 2. Os bens e equipamentos importados, descritos e caracterizados na petição inicial, estão diretamente relacionados às finalidades e objetivos da atividade essencial da parte impetrante. 3. Entidade de caráter beneficente, social, educacional e cultural, sem fins lucrativos. 4. Imunidade tributária, reconhecida, nos termos do artigo 150, VI, "c", da CF. 5. Precedentes da jurisprudência do C. STF, deste E. Tribunal de Justiça e, inclusive, desta C. 5ª Câmara de Direito Público. 6. Ofensa a direito líquido e certo, passível de reconhecimento e correção, caracterizada. 7. Ordem impetrada em mandado de segurança, concedida, em Primeiro Grau de Jurisdição. 8. Sentença, recorrida, ratificada, inclusive, com relação aos encargos da condenação e os ônus decorrentes da sucumbência. 9. Recurso oficial, desprovido.

Acesso ao Sumário

(TJSP; Remessa Necessária Cível 1011576-53.2022.8.26.0114; Relator: Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/02/2023; Data de Registro: 13/02/2023).

REEXAME NECESSÁRIO. Mandado de Segurança. ICMS. Imunidade tributária. Importação de insumos de uso hospitalar. Entidade de assistência social sem fins lucrativos, com atuação na área de saúde. Constituição Federal, artigo 150, VI, "c". Recolhimento do imposto que é exigido para efeito de desembaraço aduaneiro, não cabendo impor ao contribuinte aguardar por tempo incerto pronunciamento do fisco acerca da imunidade. Código Tributário Nacional, artigo 14. Requisitos atendidos. Prova exclusivamente documental, sem necessidade de dilação probatória. Cabimento da ação mandamental. Segurança concedida. Reexame necessário não provido. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1035582-16.2022.8.26.0053; Relator: Edson Ferreira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/11/2022; Data de Registro: 08/11/2022).

Mandado de Segurança. Importação de equipamento por entidade civil assistencial médica sem fins lucrativos. Exigência de pagamento do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro. Entidade abrangida pela imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição Federal. Prova de que os insumos importados são fundamentais ao cumprimento de suas finalidades essenciais, integrando seu patrimônio. Não incidência de ICMS na aludida importação. Precedentes. Sentença concessiva mantida. Recurso oficial, único interposto, improvido. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1047361-13.2021.8.26.0114; Relator: Aroldo Viotti; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/10/2022; Data de Registro: 19/10/2022).

REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA – IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA – IMUNIDADE – ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, SEM FINS LUCRATIVOS – Pretensão mandamental da impetrante voltada ao reconhecimento de seu suposto direito líquido e certo a obter o desembaraço aduaneiro de mercadorias por ela importadas, livre da incidência do ICMS-importação – Admissibilidade – Imunidade tributária assegurada às entidades de assistência social, sem fins lucrativos, na forma do art. 150, VI, alínea 'c', da CF/88 cc. art. 14, do CTN – Limitação ao poder de tributar que alcança o patrimônio, a renda e os serviços prestados pela instituição filantrópica abrangência das operações de aquisição de mercadorias, por meio de importação, quando destinados à consecução de suas finalidades essenciais – Precedentes do Excelso Pretório e deste E. Tribunal de Justiça – Sentença concessiva da ordem de segurança mantida, em reexame necessário. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1049429-33.2021.8.26.0114; Relator: Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamen-

Acesso ao Sumário

to: 12/09/2022; Data de Registro: 12/09/2022).

É certo que para que a imunidade tributária prevista constitucionalmente possa ser usufruída, necessário que a autora comprove ser entidade assistencial sem fins lucrativos, além de outros requisitos. E no caso, apesar da relutância fazendária, tais requisitos restaram demonstrados nos autos.

Com efeito, o Estatuto Social da impetrante diz que:

"ARTIGO 1. ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE SÍRIA (Associação é uma entidade jurídica de direito privado, de natureza civil, com caráter beneficente, sem qualquer finalidade lucrativa e para fins não econômicos, fundada nesta Capital do Estado de São Paulo, aos sete dias de março de 1918. Ela teve as seguintes denominações anteriores: "REFÚGIO DOS ÓRFÃOS", "SOCIEDADE BENEFICENTE DAS SENHORAS HOMSIENSES", "SOCIEDADE BENEFICENTE HOMSIENSE DE DAMAS, "SOCIEDADE BENEFICENTE DE DAMAS PRO SANATÓRIO EM CAMPOS DO JORDÃO" e "ASSOCIAÇÃO DO SANATÓRIO SÍRIO". Por deliberação da Assembleia Geral Extraordinária realizada aos 20 dias do mês de junho de 2018, adotou a denominação de ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE SÍRIA.

ARTIGO 2.

(...)

Parágrafo Único: A Associação aplicará no Brasil a totalidade do seu patrimônio, rendas e economias, com o objetivo de assegurar condições que lhe permitam garantir sua perenidade, cumprir seu objetivo social e atender às finalidades expressamente determinadas neste Estatuto, mantendo escrituração em livros revestidos das formalidades legais.

ARTIGO 3 - Constitui objetivo da Associação:

Prestar assistência gratuita, por todos os meios a seu alcance, a pessoas reconhecidamente necessitadas, fundando e mantendo hospitais, cínicas, ambulatórios, institutos e ou outras entidades congêneres de assistência social e educação, podendo atender, mediante pagamento, a pessoas não necessitadas, para auxiliar a manutenção dos demais;

Manter leitos e serviços hospitalares para uso público, sem distinção de raça, cor ou credo, dentro das regras estabelecidas por lei, ou regulamentos;

Destinar rendas, donativos ou quaisquer bens por ela obtidos, direta ou indiretamente, às suas obras assistenciais.

Providenciar as eventuais importações e exportações de aparelhagens, medicamentos e congêneres próprios da sua atividade;(...) (fls. 25/26)

Como se vê, a impetrante se enquadra na condição de entidade de assistência social, sem fins lucrativos, atendendo inclusive os requisitos da lei a que se refere o artigo 150, VI, 'c', da CF (v. artigo 14 do Código Tributário

Acesso ao Sumário

Nacional).

Ressalte-se, ainda, que a apelada trouxe aos autos cópia da Portaria nº 1.006, de 29 de dezembro de 2022, publicada em 02 de janeiro de 2023, que deferiu a Renovação do CEBAS da Associação Autora, pelo período de 1º de janeiro de 2021 a 31 de dezembro de 2023. (fls.84). Bem como decretos de utilidade pública federal, estadual e municipal, e respectivas certidões e Cadastros nos Conselhos Nacional de Assistência Social, Estadual e Municipal (fls. 65 e seguintes).

Deste modo, forçoso concluir que comprovou a recorrida fazer jus à imunidade tributária em relação aos bens descritos na inicial.

A despeito da inovação trazida pela EC n. 33/2001, a qual veio ampliar o leque de incidência do ICMS, a referida emenda não teve o condão de alterar as hipóteses de imunidades expressamente previstas no artigo 150, VI, 'c', da Constituição Federal, de sorte que a concessão da ordem se impunha.

De todo o exposto, de rigor a manutenção da r. sentença.

Em razão do não provimento do recurso, majoro os honorários advocatícios fixados em primeiro grau para o montante de 11% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 3º, I.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*, sendo, pois, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Deixo consignado, por derradeiro, que eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

Daí porque, em tais termos, desacolhe-se a remessa necessária e nega-se provimento ao recurso voluntário.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0030960-36.2023.8.26.0000, da Comarca de Mairiporã, em que é suscitante COLENDA 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado COLENDA 1ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Turma Especial - Publico do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito de competência e o julgaram procedente para declarar a competência da 1ª Câmara de Direito Público sob a relatoria do E. Des. Marcelo Berthe, determinando a distribuição e remessa dos autos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.084)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO FARO JR. (Presidente), ALBERTO GENTIL, TORRES DE CARVALHO, SIDNEY ROMANO DOS REIS, FERMINO MAGNANI FILHO, PERCIVAL NOGUEIRA, LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, REBOUÇAS DE CARVALHO, ENCINAS MANFRÉ, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, SOUZA MEIRELLES, LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, RAUL DE FELICE, CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI e REZENDE SILVEIRA.

São Paulo, 21 de novembro de 2023.

DJALMA LOFRANO FILHO, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DESEMBARGADORES DA MESMA CÂMARA. Recurso distribuído por prevenção da Câmara ao Des. Marcelo Berthe, da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, que determinou a redistribuição ao Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, que, ao seu turno, suscitou o conflito. Ação civil pública ambiental, cuja petição inicial foi indeferida. Recurso de apelação distribuído ao Des. Ruy Cavalheiro, quando ocupava a vaga de Juiz Suplente da Câmara Reservada ao Meio Ambiente, que, à época, era Câmara Única. Provimento do apelo para determinar o recebimento da petição inicial e o prosseguimento do feito. Prola-

Acesso ao Sumário

ção de nova sentença, agora de procedência da ação, seguida de recursos de apelação de todas as partes, distribuídos ao Des. Marcelo Berthe, por prevenção ao próprio feito. Cadeira de Juiz suplente da Câmara Reservada ao Meio Ambiente (única) que foi extinta e não gera prevenção do magistrado que a ocupava. Prevenção que é da Câmara e se sobrepõe à prevenção do magistrado, que, atualmente, ocupa outra cadeira na 1ª Câmara Reservada do Meio Ambiente. Inteligência do art. 105, § 1º, c.c. o art. 181, § 1º, do Regimento Interno desse TJSP. Precedentes desta Turma Especial. Conflito conhecido e acolhido para declarar competente o E. Des. Marcelo Berthe, determinando a remessa dos autos, com as homenagens de estilo.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, atualmente com assento na 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, figurando como suscitado o Des. Marcelo Berthe, integrante da mesma Câmara, nos autos da ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra Eudóxia Bueno Barbosa e outros, objetivando a condenação dos réus a diversas obrigações de fazer para reparação do meio ambiente, mais pagamento de multas e despesas com danos materiais.

Após seu ajuizamento, depois da concessão de prazos para o autor ministerial apresentar emendas, considerando a ausência de imputação específica da autoria dos danos ambientais e a formulação de pedido genérico, o magistrado indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo, com fundamento no art. 295, III, do CPC.

A apelação interposta foi distribuída ao E. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, que, à época, ocupava a vaga de Juiz Suplente da então única Câmara Reservada ao Meio Ambiente, sendo provido o recurso, nos seguintes termos:

DIREITO AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PUBLICA – AUSÊNCIA DE INÉPCIA DA INICIAL – PEDIDOS QUE GUARDAM CONGRUÊNCIA COM A DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA – MAIS AINDA, EXAME DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO QUE SÃO FEITOS CONFORME A TEORIA DA ASSERÇÃO, À LUZ DA NARRATIVA CONSTANTE DA INICIAL E ESSA APRESENTA-SE INTELIGÍVEL E DELA DEFLUI LOGICAMENTE O PEDIDO – INÉPCIA DA INICIAL QUE CONSTITUI HIPÓTESE EXTREMA QUE NÃO SE VERIFICA NO CASO EM TELA – DADO PROVIMENTO AO RECURSO PARA QUE SEJA RECEBIDA E PROCESSADA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA. (TJSP; Apelação Cí-

Acesso ao Sumário

vel 0002523-92.2010.8.26.0338; Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro; Órgão Julgador: N/A; Foro de Mairiporã - 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 31/03/2011; Data de Registro: 15/04/2011)

Determinado o prosseguimento da contenda judicial, os autos retornaram ao primeiro grau, com instrução e novo julgamento, sobrevindo nova sentença, agora de procedência da ação, com o reconhecimento dos pedidos condenatórios, proferida aos 22.7.2021.

Interpostos recursos por todas as partes, foram distribuídos ao Des. Marcelo Berthe, integrante da agora 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, por prevenção ao próprio processo, vínculo esse justamente gerado pela relatoria do então Juiz Suplente, Dr. Ruy Alberto Leme Cavalheiro.

Posteriormente, com a dificuldade de preencher as cadeiras de suplentes e em virtude do acúmulo de processos, em 2012 foi extinta a suplência e criadas as 1ª e 2ª Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente pela Resolução TJ nº 570/12, de 15 de agosto de 2012.

O Des. Dr. Ruy Alberto Leme Cavalheiro passou a integrar a 1ª Câmara, conjuntamente com os ilustres Desembargadores Torres de Carvalho, Nogueira Dieffenthaler, Marcelo Berthe e Isabel Cogan.

Registre-se que a relatoria do Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, ao julgar o primeiro apelo, funcionando como Juiz Suplente da então única Câmara Reservada ao Meio Ambiente, não gera prevenção para si, ensejando o vínculo apenas para a Câmara, nos termos do artigo 105, § 1º, c.c. o art. 181, § 1º, do Regimento Interno desse E. Tribunal de Justiça Paulista, que assim preceituam:

"Art. 105. A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados.

§ 1º O afastamento dos juízes que participaram do julgamento anterior não rompe a prevenção, sendo o novo processo distribuído a quem os substituir ou assumir a cadeira vaga.

(...)

"Art. 181. Os feitos serão distribuídos aos desembargadores em audiência pública designada em dias certos da semana, segundo as cadeiras que ocupam nos órgãos julgadores, mediante sorteio, de forma ininterrupta e paritária, respeitadas prevenções e impedimentos, conforme a respectiva classe.

§ 1º No caso de vacância ou afastamento, a distribuição à cadeira prosseguirá, ficando sob a responsabilidade do substituto ou sucessor (grifado)."

No caso, como se viu, foi extinta a cadeira de suplente da referida Câmara, não mais remanescendo a regra do juiz natural para o Des. Ruy Cavalheiro,

Acesso ao Sumário

notadamente porque, conforme a norma regimental acima transcrita, a prevenção recai sobre a Câmara e se sobrepõe à prevenção do magistrado.

Extinta a cadeira do suplente da então Câmara Reservada ao Meio Ambiente (única), não há como aplicar à espécie o § 1º do art. 105 e o § 1º do art. 181 do RITJSP, acima transcritos, que preveem a distribuição do processo a quem substituir ou assumir a cadeira vaga, no caso de vacância ou afastamento dos juízes que participaram do julgamento anterior.

Por conseguinte, a distribuição, no caso em exame, é livre dentro da Câmara, exatamente como foi realizada no Termo de fls. 606.

Em sentido análogo, confira-se:

COMPETÊNCIA RECURSAL – PREVENÇÃO – Ações anulatória de ato administrativo de aplicação de multa contratual e de sua cobrança – Recurso de agravo de instrumento anteriormente interposto julgado pela C. 9ª Câmara de Direito Público – Art. 105 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça Cadeira extinta – Prevenção da Câmara que se sobrepõe à prevenção do magistrado – RECURSO NÃO CONHECIDO, com determinação. (TJSP; Apelação Cível 0014269-65.2012.8.26.0053; Relator: J. M. Ribeiro de Paula; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/06/2021; Data de Registro: 10/06/2021)

APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – SERVIDORES ESTADUAIS – Conversão do salário em URV e após para Real Competência por prevenção da C. 12ª Câmara de Direito Público – Apelação e Agravo de Instrumento anteriores que foram distribuídos e julgados por Juiz Substituto em Segundo Grau, que continua a integrar a Câmara Prevenção que é atribuída à Câmara ou Grupo – Inteligência do art. 105 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça – Recurso não conhecido, com determinação de remessa dos autos à C. 12ª Câmara de Direito Público. (TJSP; Apelação Cível 0031337-18.2018.8.26.0053; Relatora: Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/02/2020; Data de Registro: 28/02/2020)

COMPETÊNCIA. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. Conflito Negativo suscitado pela Quarta Câmara de Direito Público em face da Nona Câmara de Direito Público. Apelo distribuído livremente à Nona Câmara da Seção de Direito Público. Relator sorteado, Juiz Substituto em Segundo Grau, que não mais integra a Câmara. Regra de prevenção recursal que se direciona ao Órgão Fracionário e não ao relator sorteado. Distribuído o feito a uma Câmara, a promoção de quem a auxiliava não rompe a sua competência, em razão do princípio do juiz natural. Precedentes desta Turma Especial de Direito Público. Conflito julgado procedente, reconhecendo a competência da 9ª Câmara

Acesso ao Sumário

de Direito Público para o julgamento do recurso. (TJSP; Conflito de competência cível 0017158-10.2019.8.26.0000; Relator: Bandeira Lins; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro de Osasco - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/09/2019; Data de Registro: 30/09/2019)

Diante do exposto, conheço do conflito de competência e o julgo procedente para declarar a competência da 1ª Câmara de Direito Público sob a relatoria do E. Des. Marcelo Berthe, determinando a distribuição e remessa dos autos, com as homenagens de estilo.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 0000753-71.2012.8.26.0604/50002, da Comarca de Sumaré, em que é embargante/embargado JOSÉ ANTONIO BACCHIM, são embargados/embargantes ESTRE AMBIENTAL S.A. (ATUAL DEN DE) e ESTRE EMPRESA DE SANEAMENTO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS LTDA. (ANTIGA DEN DE) e Embargado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Embargos acolhidos, com efeitos modificativos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.333)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente sem voto), CAMARGO PEREIRA e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 14 de novembro de 2023.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Embargos de Declaração – Alegação de omissão – Vícios inexistentes – Todavia, faz-se necessária a aplicação do quanto alcançado pelo E. STF após o julgamento em repercussão geral do Tema nº 1199 – Alterações à Lei de Improbidade Administrativa que se aplicam aos processos em curso – Não caracterizada a conduta ímproba pessoal, diante da revogação do inciso I, do artigo 11, da LIA, também não havendo comprovada intencionalidade dolosa em

Acesso ao Sumário

benefício de terceiros, punível com base no inciso V de mesmo artigo – Punição da pessoa jurídica de direito privado que deve observar também a regra do artigo 3º da LIA, com nova redação restritiva – Ausência de provas contundentes quanto ao dolo específico, ao enriquecimento ilícito e ao dano ao Erário – Recursos dos Réus providos – Embargos acolhidos, com efeitos modificativos.

VOTO

Trata-se de dois segundos embargos de declaração opostos novamente por José Antônio Bacchim (fls. 3320/3321) e Estre Ambiental S/A (fls. 3324/3336), com o objetivo de apontar vícios no Acórdão de fls. 3276/3279 e agora também no de fls. 3310/3315.

Nos primeiros, a pessoa física José Antônio Bacchim, ex-Prefeito, prequestiona os anteriores Acórdãos com fundamento nas alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021 à sistemática da Improbidade Administrativa, defendendo a retroatividade da norma mais benéfica, em que pese não indique em que medida alcançaria o julgado.

Nos segundos, a empresa apenada ratifica esse mesmo posicionamento (quanto à retroação das modificações), indicando em adição que, dadas as alterações ocorridas no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, a ausência de tipificação específica pelo Embargado, bem como a revogação do inciso I e a alteração do inciso V de mesmo artigo, seria causa de nulidade. Afirma ainda que, pelo contexto dos autos, sua conduta não pode ser caracterizada como dolosa, pois não participou da fase interna da licitação em seu favorecimento, beneficiando-se assim da alteração ocorrida no artigo 3º daquele diploma.

Houve contraminuta apresentada pelo Ministério Público Estadual, por meio de sua Procuradoria de justiça de Interesses Difusos e Coletivos, a fls. 3341/3348, em que defende a ausência de retroação da lei processual, no que se refere às disposições trazidas pela Lei nº 14.230/2021, em alteração à Lei de Improbidade Administrativa.

É o relatório.

O julgado analisou expressamente a matéria dos autos, enfrentando todos os pontos relevantes suscitados pelos Embargantes até aquele momento. É oportuno rememorar, como já feito na análise de Embargos anteriores, que ali se fundamentou nas escorreitas conclusões alcançadas pela sentença de Primeiro Grau, segundo a qual houve falha grave na pesquisa de preços e dirigismo no procedimento administrativo licitatório, o que acabou por ser evidenciado em julgamento realizado pelo Tribunal de Contas do Estado, autos nº 2228/003/06:

"(...), as Assessorias Técnicas da ATJ e sua Chefia manifestaram-se pela

Acesso ao Sumário

irregularidade da licitação, da contratação dela decorrente, tendo em conta que as justificativas apresentadas pela Origem não dirimiram as questões elencadas pela Fiscalização, no tocante à ***ausência de realização de pesquisa de preços praticados no mercado, uma vez que foi consultada apenas a empresa contratada que presta os mesmos serviços para o Município desde o exercício de 2002.***

Instada a se manifestar, a SDG opinou pela irregularidade da matéria, tendo em vista que as justificativas encaminhadas a esta Corte pela Origem ***não demonstraram se a proposta aceita como vencedora estava em conformidade com os preços correntes no mercado, pois foi efetivada apenas uma pesquisa de preços junto à empresa vencedora que já prestava serviços à Municipalidade; à exigência editalícia concernente ao custo total como critério de julgamento das propostas, comprometendo o princípio da isonomia, em contrariedade à Lei de Licitações, comprometendo a competitividade do certame****, uma vez que das 19 (dezenove) empresas que retiraram o edital, na primeira versão, e das 11 (onze), na segunda versão, somente 02 (duas) efetivamente apresentaram propostas, sendo que a proposta da licitante Ambitec foi superior ao da vencedora em 172,95%, em função do critério aqui combatido.*

(...)

A Municipalidade não obteve êxito em justificar as questões apresentadas pelos Órgãos Instrutivos e Técnicos da Casa.

Ademais, ***não houve a devida realização de pesquisa de preços praticados no mercado, e exigências editalícias restringiram a competitividade do certame****, em ofensa à farta jurisprudência desta Corte".* (grifos nossos)

Todavia, considerada a necessidade de observância ao quanto julgado pelo E. STF na apreciação do Tema nº 1199 em repercussão geral, deve-se aplicar ao processo não findo a legislação agora em vigor, incidindo então neste caso as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021:

1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) ***A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto***

Acesso ao Sumário

> ***anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente****; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.* (grifos nossos)

Dessa forma, é de se refletir, no caso concreto, que as condutas antes descritas nos incisos I e V, bem como no caput do artigo 11, da LIA, não integram o ordenamento jurídico da mesma forma como antes, tendo sido elas base e fundamento principal para a condenação dos agora Embargantes:

> *Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a* ***ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade****, caracterizada por uma das seguintes condutas:*
> *I – (****revogado****); (...).*
> *V – frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório,* ***com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros****; (...).*
> (grifos nossos)

E, aqui, dada a instrução dos autos, salta aos olhos ser necessário fazer reanálise detida das condutas dos apenados, em novo juízo de conformidade com a norma atualizada.

Isso porque, embora a conduta da Administração Pública, levada a cabo pelos agentes responsáveis pela realização do certame, tenha se demonstrado falha – e, como antes já aventado, no limite, dolosa sob o ponto de vista procedimental –, não restou demonstrado pela instrução dos autos haver conduta típica de dirigismo realizada inequivocamente pelo então Prefeito Municipal quanto ao procedimento licitatório.

É dizer que, ainda que o Poder Público tenha mal agido no contexto do certame, realizando-o com falhas graves apontadas posteriormente pelo Tribunal de Contas Estadual, a pessoa do ex-Prefeito não foi a elas vinculado diretamente, pois, como bem indicado em Embargos, inclusive anteriores, apenas tomou ciência das irregularidades referentes à fase interna do certame quando este já estava findo e seus contratos em execução. E a base da imputação dolosa é a intencionalidade prévia dirigida à determinada conduta ímproba, o que não está bem caracterizado no caso.

Mesmo raciocínio recai sobre a conduta da Ré empresa privada, ainda mais alheia ao cenário concorrencial truncado que afligia o certame, de acordo com as provas angariadas nos autos. Não havendo comprovação de sua atitude dirigista direta, na esteira do ocorrido com o ex-Prefeito, também não poderia ser responsabilizada, ainda mais dado o cenário restritivo trazido pelas alterações à Lei de Improbidade Administrativa no que se refere à responsabilização de terceiros:

Acesso ao Sumário

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, ***induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade****.* (grifos nossos)

Por isso, e novamente com a ressalva da evidente existência de práticas contrárias aos princípios da Administração Pública no que se refere à forma como realizado o certame debatido, restam insubsistentes as imputações de práticas dolosas em relação aos Réus, pois não foi possível apontar concretamente quais de suas ações levaram ao dirigismo observado. E, na falta de evidências, o dolo não se presume.

Para além disso, diga-se, também não restou bem comprovado qualquer enriquecimento ilícito ou dano ao Erário, ainda que, quanto a este último, não seja possível atestar sua não ocorrência. Sendo, todavia, ônus do Autor, de maneira idêntica resta insubsistente.

Nesse cenário, então, **é de se dar provimento aos recursos voluntários apresentados pelos Réus, em reforma integral dos v. Acórdãos de fls. 3276/3279 e 3310/3315.**

Em face do exposto, **acolhem-se os embargos opostos, com efeitos modificativos**, nos termos da fundamentação.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502621-71.2022.8.26.0438, da Comarca de Penápolis, em que é apelante S. L. C. G., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso, mantendo-se, integralmente, a r. sentença impugnada por seus próprios fundamentos. Após o trânsito em julgado, expeça-se o necessário, observando-se o Comunicado CG nº 628/2022. V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.941)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente) e IVANA DAVID.

São Paulo, 25 de outubro de 2023.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: Injúria racial - Artigo 140, § 3º, do Código Penal, redação anterior à Lei n. 14.532/2023 - Preliminar de cerceamento de defesa - Ausência de oitiva da vítima adolescente em juízo - Preliminar afastada - O artigo 11 da Lei n. 13.431/2017 dispõe que o depoimento especial da criança e do adolescente, vítima ou testemunha de violência, deverá ser realizado, sempre que possível, uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado. Almeja-se, com isso, evitar a revitimização da criança ou adolescente - Na cota de oferecimento da denúncia (fls. 29), assim como no bojo da inicial acusatória (fls. 31), o Ministério Público afirmou que não estava arrolando a vítima, "para evitar revitimização, dado que na fase investigativa já foi ouvida nos moldes da Lei n. 13.431/2017" - O depoimento especial, isto é, o depoimento sem dano, foi realizado em sede de produção antecipada de pro-

Acesso ao Sumário

vas, não havendo qualquer elemento ou justificativa que indique ter sido imprescindível a tomada de novo depoimento especial, até mesmo porque a defesa, em resposta à acusação, não se insurgiu contra a ausência de arrolamento da vítima na exordial acusatória, tampouco a indicou como pessoa a ser ouvida - O fato de a defesa não ter participado diretamente do depoimento especial igualmente não caracteriza óbice ao exercício do contraditório e da ampla defesa, vez que, em situações como essas, nas quais a prova é antecipadamente produzida e não repetida em juízo, materializa-se o que, doutrinariamente, se intitula "contraditório diferido; postergado; adiado". Isto é, caso a defesa tivesse, ao longo da instrução, quaisquer dúvidas a respeito do conteúdo ou da forma como foi conduzido o depoimento especial, poderia tê-las manifestado, a fim de evitar preclusão, o que não foi feito - Nulidade não evidenciada - No mérito, pretendida a absolvição por insuficiência probatória, bem como a absolvição do acusado por atipicidade da conduta, sustentando ausência de dolo específico, e por existirem circunstâncias que excluam o crime, por atuação em legítima defesa - Subsidiariamente, requer seja declarada a extinção da punibilidade em razão do reconhecimento do perdão judicial – Inadmissibilidade - Materialidade e autoria suficientemente demonstradas - As declarações da ofendida são coesas e harmônicas, estando em consonância com as palavras da testemunha presencial J. M. e com os demais elementos de prova colhidos nos autos - Responsabilidade penal do réu quanto ao delito de injúria racial é incontroversa, vez que restou demonstrado que o apelante agiu com o dolo próprio do crime que lhe é imputado - O réu, de maneira livre e deliberada, durante uma discussão por ele iniciada, proferiu ofensas de cunho racial e machista contra a vítima adolescente, vale dizer: "vagabunda", "desgraçada", que ela "não valia nada" e "macaca" - Legítima defesa não configurada - Embora o réu alegue ter apenas revidado ofensa iniciada pela vítima, circunstância esta que esvaziaria a punibilidade da conduta, a verdade é

que a testemunha J. M. confirmou o relato da vítima, dizendo que o acusado foi quem iniciou as agressões verbais e xingou a ofendida de "filha de macaca" - Dolo evidenciado - Apelante agiu com animus injuriandi, tendo em vista que direcionou à vítima ofensas carregadas de teor discriminatório, com o cunho de ofender sua dignidade e depreciá-la em razão da cor de sua pele - Condenação mantida – Dosimetria - Pena-base majorada em 1/6 em razão dos maus antecedentes - Segunda fase - Incidência da agravante da reincidência e daquela prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal (vítima era enteada do apelante e havia relação de coabitação) - Exasperação da pena em 1/3 - Regime semiaberto acertadamente fixado, haja vista os maus antecedentes e a reincidência do apelante - Pena e regime inalterados - Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença proferida em 20 de junho de 2023, pela 1ª Vara da comarca de Penápolis/SP, acrescenta-se que o apelante **S. L. C. G.** foi condenado à pena de 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 16 dias-multa, no piso, por infração ao artigo 140, § 3º, do Código Penal (com redação anterior à Lei n. 14.532/2023). Ao réu foi concedido o direito de recorrer em liberdade (fls. 137/151).

Inconformada, apela a defesa, arguindo, em preliminar, nulidade processual por cerceamento de defesa, haja vista que a vítima não foi ouvida em juízo. No mérito, requer a absolvição do acusado por insuficiência probatória, devendo prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*, bem como a absolvição do acusado por atipicidade da conduta, sustentando ausência de dolo específico, e por existirem circunstâncias que excluam o crime, por atuação em legítima defesa. Subsidiariamente, requer seja declarada a extinção da punibilidade em razão do reconhecimento do perdão judicial, previsto no artigo 140, §1º, inciso II, do Código Penal, sustentando que a vítima, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria (fls. 171/196).

Devidamente contra-arrazoado o recurso (fls. 498/500), sustentando a r. sentença, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

A Douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo não provimento do apelo (fls. 509/512).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A preliminar arguida pela defesa não merece prosperar.

Nas situações envolvendo criança ou adolescente, que foram vítimas de crimes, inclusive no âmbito de violência doméstica, necessita ser observado o sistema de garantias instituído pela Lei n. 13.431/2017, que assegura, dentre outras medidas, a realização de depoimento especial para oitiva do menor perante a autoridade policial ou judiciária.

O artigo 11 da Lei n. 13.431/2017 dispõe que o depoimento especial da criança e do adolescente, vítima ou testemunha de violência, deverá ser realizado, sempre que possível, uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado. Almeja-se, com isso, evitar a revitimização da criança ou adolescente no momento do relato dos acontecimentos, inibindo, dessa forma, o ressurgimento de traumas e o constrangimento de reviver e narrar, mais uma vez, todos os fatos por ela sofridos.

Na cota de oferecimento da denúncia (fls. 29), assim como no bojo da inicial acusatória (fls. 31), o Ministério Público afirmou que não estava arrolando a vítima, "*para evitar revitimização, dado que na fase investigativa já foi ouvida nos moldes da Lei n. 13.431/2017*".

Logo, no caso em tela, a vítima D. foi ouvida através de depoimento especial, somente perante a autoridade policial, em observância à Lei n. 13.431/2017, exceto quanto ao uso de áudio e vídeo, pois a delegacia de polícia não dispunha de aparato para a gravação. No termo de declarações acostado a fls. 5, verifica-se que a autoridade policial utilizou o "*protocolo NICH (National Istitute of Child Health and Human Development)*", sendo que após "*contato informal com perguntas abertas, sobre seu cotidiano na escola e em casa, foi narrando os fatos que ora são apurados.*"

Ora, o depoimento especial, isto é, o depoimento sem dano, foi realizado em sede de produção antecipada de provas, não havendo qualquer elemento ou justificativa que indique ter sido imprescindível a tomada de novo depoimento especial, até mesmo porque a defesa, em resposta à acusação, não se insurgiu contra a ausência de arrolamento da vítima na exordial acusatória, tampouco a indicou como pessoa a ser ouvida. Aliás, o artigo 11, parágrafo 2º, da Lei n. 13.431/2017, determina que "*não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal*".

Acesso ao Sumário

Para além disso, não há que se falar em cerceamento de defesa, haja vista que em todas as oportunidades que a defesa dispôs, antes do encerramento da instrução, para manifestar a necessidade de nova oitiva da vítima, simplesmente silenciou a esse respeito.

Ademais, o fato de a defesa não ter participado diretamente do depoimento especial igualmente não caracteriza óbice ao exercício do contraditório e da

ampla defesa, vez que, em situações como essas, nas quais a prova é antecipadamente produzida e não repetida em juízo, materializa-se o que, doutrinariamente, se intitula "contraditório diferido; postergado; adiado". Isto é, caso a defesa tivesse, ao longo da instrução, quaisquer dúvidas a respeito do conteúdo ou da forma como foi conduzido o depoimento especial, poderia tê-las manifestado, a fim de evitar preclusão, o que não foi feito. Assim, não há que se falar em nulidade processual, eis que nenhum prejuízo restou demonstrado nos autos.

Superadas a questão preliminar, no mérito, o recurso **não** comporta provimento.

Narra a exordial que, no dia 13 de setembro de 2022, no período da matutino, na residência localizada à Rua (...), n. (...), na cidade de (...), na cidade de Penápolis/SP, **S. L. C. G.**, em circunstâncias de violência doméstica, utilizando-se de elementos referentes à cor, injuriou D. M. M. M., ofendendo-lhe a dignidade.

Segundo a denúncia, o acusado convivia em união estável com a mãe da vítima, C. M., sendo que residia com elas no endereço acima mencionado.

Na data e local dos fatos, a vítima D., preocupada com o estado de saúde de sua mãe, pediu para que seu padrasto a levasse ao médico. Contudo, em uma atitude inesperada, o réu passou a proferir diversas ofensas contra a enteada, chamando-a de "vagabunda", "desgraçada", dizendo que ela "não valia nada". Além disso, chamou a vítima de "macaca". Em seguida, o acusado expulsou a ofendida do imóvel.

Tal fato foi presenciado pelo avô materno da adolescente, que a acolheu, abrigando-a em sua casa até o retorno de seu genitor da cidade, quando, então, a vítima passou a residir com ele.

Além disso, a ofensa consistiu em chamar a vítima de vagabunda, desgraçada, que não valia nada e de macaca, referindo-se nitidamente à cor de sua pele.

O genitor da vítima, ao ser ouvido perante a autoridade policial, ofertou tempestivamente a representação (fls.06).

Pois bem.

A materialidade delitiva ficou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 1/2), pelo termo de representação (fls. 6) e pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal.

A autoria do delito também é inconteste.

Em solo policial, o **acusado S.** negou a prática delitiva, dizendo que "*era casado com C. M. há cinco anos, sendo que C. tinha uma filha com M. A. M. de 15 anos da idade de nome D. M. M. M., e esta residia com o declarante e C.. Ocorre que no dia 19 de setembro de 2022, C. devido ao seu estado de saúde (estava em fase terminal de câncer), tinha que ir ao médico tomar soro, mas ela não queria, D. então passou a ofender o declarante e falar que sua mãe (C.)*

Acesso ao Sumário

não queria e não iria ao médico, inclusive chamando o declarante de 'mundiça' o declarante então respondeu que 'mundiça era ela (D.) porque não estava ajudando a mãe em um momento em que ela precisava de auxilio', o declarante relata que J. M. realmente estava próximo quando discutiu verbalmente com D., mas que ele não disse nada. O declarante relata ainda que sempre teve um bom convívio com D., mas desde que o pai dela (M. A. M.) aproximou-se dela, ela passou a ficar agressiva e a realizar diversas ofensas contra o declarante e C.. O declarante nega ter xingado D. de 'vagabunda, desgraça e macaca', o declarante jamais ofenderia D., principalmente de ofensas raciais. Por fim o declarante nega perseguir D. e A. por esta cidade, até porque o declarante nem tempo tinha de fazer tal ato, uma vez que tinha que cuidar de sua filha recém-nascida, de sua esposa enferma, além de ter dois trabalhos um diurno e um noturno. Nega todas as acusações contra sua pessoa." (sic) (fls. 13).

Em juízo, o acusado S. disse que tem 44 anos de idade, é viúvo, tem 4 filhas e trabalha como autônomo. Contou que sua falecida esposa C. estava com câncer em estágio terminal e não conseguia mais se alimentar. No dia dos fatos, chamou uma ambulância, mas C. não queria ir até o pronto-socorro. Foi quando a vítima interveio, dizendo "*minha mãe não quer, ela não vai*". Em seguida, a vítima ofendeu o acusado, chamando-o de "*imundice*". Em resposta, o acusado também chamou a vítima de "*imundice*". Após, o acusado disse que levou sua esposa para o pronto-socorro, sendo que pediu para os funcionários, que estavam no local para instalar a internet, aguardarem do lado de fora. No dia dos fatos, seu sogro, chamado J. M., estava do lado de fora da casa. O acusado afirmou que seu relacionamento com a vítima era perfeito, como se fossem pai e filha. Disse que sempre se trataram bem e que moraram juntos por quase 5 anos. O réu alegou que o pai da vítima, chamado M. A., sempre perseguiu C., mas nos últimos tempos passou a persegui-lo também. Quando C. já estava em estágio terminal, o pai da vítima passou a se aproximar dela, porque tinha interesse na divisão dos bens deixados por C.. O interrogando afirmou que não considera M. A. seu inimigo. Afirmou, ainda, que sempre fez festa de aniversário para a vítima, durante os 5 anos em que conviveram.

Acesso ao Sumário

Entretanto, a versão exculpatória do acusado restou isolada no conjunto probatório.

A vítima **D. M. M. M.** foi ouvida unicamente na delegacia, em depoimento especial, nos termos da Lei n. 13.431/2017. Na presença de seu genitor, a ofendida relatou que "*é filha de C. M. e M. A. M., ocorre que seus pais se separaram e a declarante passou a residir com C. e S. C., mas no meio do mês de setembro deste ano, a declarante pediu para que S. levasse sua mãe ao médico, pois ela não estava bem, ele ficou nervoso e xingou a declarante de 'vagabunda, desgraçada, que não valia nada e de macaca' e expulsou a declarante do imóvel, tudo isso na presença de seu avô materno J. M.. A declarante então foi*

residir com seu avô até que seu pai retornasse de viagem, e depois foi morar com ele. Não retornando mais a residir com S.. Além de que não foi a primeira vez que S. havia ofendido verbalmente a declarante. D. relata ainda que S. não deixava assistir televisão, bem como fazia a declarante limpar a casa todos os dias, e lavar as roupas dele, além de que era a declarante que tinha que cuidar do filho recém-nascido de S.." (sic) (fls. 5).

Em solo policial, a testemunha **J. M.** contou que "*é genitor de C. M. e avô de D. M. M. M., ocorre que no dia 13 de setembro do ano corrente, o depoente estava junto com sua filha C. e sua neta D., pois C. não estava bem de saúde. Quando S. chegou no imóvel, D. solicitou que ele levasse C. no Pronto Socorro, porém ele se exaltou e passou a ofender D., a xingando de 'macaca, vagabunda, biscate' e outros nomes que o depoente não se recorda no momento. O depoente ouviu em alto e bom som S. C. xingar D. dos nomes acima referenciados*" (sic) (fls. 11).

Antes da testemunha **J. M.** ser ouvida em juízo, a defesa arguiu defeito na oitiva da testemunha, nos termos do artigo 214 do Código de Processo Penal, argumentando que a testemunha é avô da vítima e pode se tornar parcial. O Ministério Público manifestou-se pelo indeferimento do pedido defensivo, pois a testemunha é parente da vítima e não se enquadra nas situações de suspeição. O Magistrado, por sua vez, indeferiu a arguição de defeito, por não vislumbrar impedimento ou suspeição da testemunha, que não possui parentesco com o acusado.

Em juízo, a testemunha **J. M.** relatou que presenciou os fatos, confirmando que o acusado ofendeu a vítima, chamando-a de "*filha de macaco*". Segundo o depoente, o acusado não se dava bem com a vítima, que fazia todo o serviço da casa, mas se recusava a lavar as roupas do réu. A testemunha afirmou que o acusado xingou a vítima várias vezes de "*filha de macaco*", sendo que tudo aconteceu na presença do depoente e de sua filha C., que faleceu. A testemunha rememorou que havia dois homens no local, mexendo na internet, mas estavam do lado de fora da casa e não ouviram os xingamentos. Após os fatos, o depoente levou sua neta D., ora vítima, para sua casa, a pedido de C.. Ademais, a própria vítima não queria mais residir com o acusado. No dia dos fatos, C. estava sentindo muita dor, porém o acusado não atendeu ao pedido de sua filha, dando prioridade aos funcionários que estavam mexendo na internet. O depoente disse que o acusado não fazia festas para a vítima e, se fazia, ele não era convidado.

A testemunha **M. A. M.**, ao ser ouvida na fase policial, narrou que "*no dia 13 de setembro de 2022, por volta 14 horas ficou sabendo que J. M. (avô materno de D. M. M. M., que por sua vez é filha do declarante), queria conversar com o declarante, então ligou para ele, e foi informado que a conversa teria que ser pessoalmente, no entanto o declarante estava em viagem e somente retornaria a esta cidade no dia 16 de setembro do ano corrente. Quando chegou*

Acesso ao Sumário

foi conversar com J. M. que informou ao declarante que o padrasto de D., S. L. C. G., chamou D. de diversos nomes ofensivos tais como 'desgraçada, vagabunda, macaca, que não valia nada e graça ruim' pelo simples fato dela ter pedido para ele (S.) levar a genitora de D. (C. M.) até o Pronto Socorro, foi não está bem de saúde, bem como, S. colocou D. para fora de casa, sendo que esta passou a residir com o declarante. O declarante frisa que J. M. presenciou as ofensas, e que D. contou os fatos aqui narrado a sua irmã A.. D. ainda relatou ao declarante que não foi a primeira vez que S. a chamou de nomes ofensivos ligado ao tom de cútis dela. O declarante foi orientado quanto ao prazo decadencial de seis meses para representar criminalmente contra o autor do fato, e neste ato manifesta o interesse em representar criminalmente" (sic) (fls. 07).

Antes de **M. A. M.** ser ouvido em juízo como testemunha, a defesa também arguiu defeito em sua oitiva, nos termos do artigo 214 do Código de Processo Penal, argumentando que réu e testemunha são inimigos e possuem um histórico de desavença. Indagado pelo Juiz *a quo*, M. A. disse que nunca teve desentendimento com o acusado S., tampouco alguma rixa. Ressaltou, no entanto, que o acusado passou a persegui-lo, quando a vítima foi morar em sua casa. M. A. esclareceu que há um boletim de ocorrência de ameaça registrado contra o acusado, que o ameaçou de morte. Após manifestação do Ministério Público, o Juiz acolheu a contradita e M. A. foi ouvido como informante. O informante relatou que no dia 13 de setembro de 2022, recebeu uma ligação de sua filha, ora vítima, dizendo que seu avô J. M. precisava conversar com ele. O avô da vítima disse que não era nada urgente e que precisava conversar pessoalmente. Chegou na cidade de (...)/SP somente no dia 16 de setembro de 2022, ocasião em que conversou com J. M., que narrou o ocorrido, dizendo que o réu havia chamado a vítima de "*vagabunda*", "*macaca*" e "*desgraça*". Soube que no imóvel, só estava o avô da vítima e mãe dela, que faleceu. Não havia outras pessoas na casa. No mesmo dia 16 de setembro de 2022, a madrinha da vítima, chamada Luiza, que é irmã de C., chegou em (...), após sair do Paraná, para cuidar de C., que havia enviado uma mensagem para Luiza, pedindo socorro, pois estava sendo maltratada pelo acusado. No mesmo dia, Luiza levou C. para a casa dos avôs da vítima. A partir desse momento, C. passou a morar com os pais dela. Não soube dizer quanto tempo D. morou com o acusado, pois ele foi morar na casa de C.. Soube que o acusado esteve preso. O término do relacionamento aconteceu quando Luiza retirou C. da casa em que ela resida com o acusado. Não soube dizer se o réu já fez festas de aniversário para a vítima.

Em solo policial, a testemunha **A. M. O. M.** contou que "*é irmã de D. M. M. M., ocorre que sua irmã estava residindo com a mãe C. M. e com o padrasto S. L. C. G., ocorre que S. acabou por brigar com D. e colocou ela para fora de casa. D. passou a residir com a depoente e seu pai M. A. M., e ela confidenciou a depoente que em determinado dia, ela (D.) estava com seu avô J. M. e com sua*

Acesso ao Sumário

mãe C., pois esta estava passando mal e quando S. chegou na residência passou a discutir com ela e xinga-la de 'macaca, vagabunda' e outros nomes, além de expulsa-la de casa. A depoente narra que não presenciou o momento das ofensas que D. a contou em momento posterior. Não sabe dar mais informações que ajude nas investigações" (sic) (fls. 09).

Em juízo, a testemunha **A. M. O. M.** disse que é irmã da vítima por parte de pai. Não presenciou as ofensas dirigidas à vítima. Disse que a ofendida relatou que o acusado a xingou de "macaca" e "vagabunda", motivo pelo qual ela saiu de casa. Então a vítima passou a residir com seu genitor M. A..

A testemunha de defesa **D. R. P. da S.**, ouvida em juízo, disse que esteve na casa do acusado para instalar internet. Na ocasião, a esposa do réu estava passando mal e ele a levou para o hospital. Não escutou o réu destratando a vítima e não sabe dizer se ocorreu algo depois que deixou o local. Não se recordou do exato dia em que esteve na casa do réu, mas disse que presenciou a chegada de uma ambulância de (...). Na casa estavam a vítima e um senhor de idade.

A testemunha de defesa **F. R. S. S.**, ouvida em solo judicial, afirmou que não presenciou os fatos. Disse que vítima e réu se davam bem, sendo que o relacionamento deles era harmonioso. A testemunha disse que buscava C., em dias alternados, para levá-la até o pronto-socorro. Esteve na casa de C. no mês de setembro, sendo que havia um carro de instalação de internet no local. Não presenciou nenhuma briga, dizendo que o réu tratava muito bem C. e que ele a acompanhava até o pronto-socorro. Não se lembra se a vítima ou o avô dela estavam no local.

A testemunha de defesa **A. S. C.** declarou que não presenciou os fatos, mas o acusado lhe relatou sobre ocorrido. Segundo o acusado, M. A. teria feito um boletim de ocorrência, versando sobre ofensas proferidas pelo acusado à vítima. O depoente disse que C. morreu de câncer e que ela morou com o marido até falecer. Disse que o acusado acompanhou C. até o último dia de vida dela, ressaltando que ele sempre foi um bom marido.

Com efeito, a prova colhida sob o crivo do contraditório foi desfavorável ao réu, formando um conjunto entrelaçado, harmônico e seguro, perfeitamente apto a sustentar sua condenação nos moldes da denúncia.

O delito tipificado no artigo 140, § 3º, do Código Penal, como se sabe, exige apenas que o agente profira um xingamento à vítima ou lhe atribua uma qualidade negativa, utilizando, para tanto, elementos referentes à raça, cor, religião, etnia, origem ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, apta a ofender a dignidade ou o decoro. Atinge, pois, a honra subjetiva.

Como se vê, a responsabilidade penal do réu quanto ao delito de injúria racial é incontroversa, vez que restou demonstrado que o apelante agiu com o dolo próprio do crime que lhe é imputado.

O réu, de maneira livre e deliberada, durante uma discussão por ele ini-

Acesso ao Sumário

ciada, proferiu ofensas de cunho racial e machista contra a vítima adolescente, vale dizer: "*vagabunda*", "*desgraçada*", que ela "*não valia nada*" e "*macaca*".

As declarações da ofendida são coesas e harmônicas, pois ela descreveu com detalhes as ofensas perpetradas pelo apelante, bem como o contexto fático em que se deram.

E as declarações da vítima estão em consonância com as palavras da testemunha presencial J. M. e com os demais elementos de prova colhidos nos autos.

Convém ressaltar, outrossim, que não há nenhum elemento probatório que sirva para enfraquecer os depoimentos prestados.

De mais a mais, embora o réu alegue ter apenas revidado ofensa iniciada pela vítima, circunstância esta que esvaziaria a punibilidade da conduta, a verdade é que a testemunha J. M. confirmou o relato da vítima, dizendo que o acusado foi quem iniciou as agressões verbais e xingou a ofendida de "*filha de macaca*".

Aliás, eventual contexto de discussão entre as partes não tem o condão de afastar ou de mitigar o dolo específico de ofender a honra subjetiva da vítima, com a utilização de elementos referentes a sua cor e raça. Assim, não há que se falar em legítima defesa.

De outra banda, as ofensas tiveram repercussões de ordem prática muito relevantes na vida da ofendida, pois acaso tivesse inventado ou fantasiado sobre as injurias que sofreu, não teria ido morar com seu avô, aceitando ficar longe de sua genitora, que estava doente à época dos fatos.

Portanto, não há nenhum elemento probatório que sirva para enfraquecer as declarações da vítima, bem como as palavras das pessoas ouvidas em juízo, mormente a testemunha presencial.

Outrossim, a relação entre o réu e a vítima, pretérita ou posterior aos fatos, é irrelevante para fins de definição da existência ou não de responsabilidade criminal, de sorte que ainda que identificado relacionamento harmônico entre as partes, tal circunstância não tem o condão de afastar a incidência da norma penal.

Acesso ao Sumário

A conduta praticada pelo acusado é grave e altamente reprovável, até porque crimes tais, além de afrontarem a ordem jurídica e a paz social, vêm crescendo a cada dia, circunstância a demandar reação estatal mais enérgica com o escopo de reprimi-los.

Assim sendo, o acervo probatório amealhado nos autos não deixa dúvidas de que o acusado agiu com *animus injuriandi*, tendo em vista que direcionou à vítima ofensas carregadas de teor discriminatório, com o cunho de ofender sua dignidade e depreciá-la em razão da cor de sua pele, infringindo, portanto, o artigo 140, §3º, do Código Penal, com redação anterior à Lei n. 14.532/2023.

Deste modo, a manutenção da condenação é medida que se impõe, sendo

impossível falar-se em absolvição.

Com relação à fixação da pena, agiu corretamente o M.M. Juízo *a quo*, posto que a reprimenda foi aplicada com acuidade e não merece reparo ou reajuste.

Na primeira fase de dosimetria, tendo em mente o disposto no artigo 59, do Código Penal, o Juiz sentenciante exasperou a pena-base em 1/6, pois o apelante possui três condenações definitivas (autos n. 0010707-28.2010.8.26.0438, 0004426-22.2019.8.26.0509 e 0010902-37.2015.8.26.0438 - certidão de fls. 34/39), sendo que duas delas foram apreciadas como **maus antecedentes** e a terceira como reincidência, o que não ofende a Súmula 241 do STJ, haja vista que para a valoração dos maus antecedentes, utilizou-se de condenações prévias e distintas daquela considerada na segunda etapa da dosimetria, para fins de reincidência. Sendo assim, a pena-base foi fixada em 1 ano e 2 meses de reclusão e 12 dias-multa.

Na segunda fase, em razão da **reincidência** (autos n. 0010902-37.2015.8.26.0438) e da incidência da **agravante** prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, haja vista que a vítima era enteada do apelante e havia relação de coabitação, a reprimenda foi majorada em 1/3, perfazendo 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão e 14 dias-multa, pena esta que, ante a ausência de demais circunstâncias modificadoras, tornou-se definitiva e, portanto, não comporta qualquer alteração.

O valor do dia-multa foi fixado no patamar mínimo, ante a ausência de elementos acerca da situação financeira do acusado.

Por fim, inviável que o regime prisional inicial seja diverso do semiaberto.

Vale pontuar que próprio artigo 33, em seu parágrafo terceiro, determina que na fixação do regime inicial o magistrado deverá observar não só o *quantum* de pena, mas também o disposto no artigo 59 do Código Penal.

No caso em tela, além de ser reincidente, o réu ostenta maus antecedentes, a demonstrar que possui personalidade claramente desvirtuada, marcada pela insistência e reiteração na prática de crimes. Não se emendou, apesar das condenações anteriores, deixando claro que não está apto ao convívio social pacífico e respeitoso.

Assim, a determinação do regime inicial como diverso daquele previsto no artigo 33, § 2º, do Código Penal, é faculdade do juiz, que pode dosar a qualidade da pena, não havendo qualquer ofensa às Súmulas 718 e 719, ambas do C. Supremo Tribunal Federal, tampouco à Sumula nº 440 do C. Superior Tribunal de Justiça, porquanto a fixação de tal regime decorre dos fatos relacionados à personalidade do acusado, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião deste julgador.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

> Para a fixação do regime inicial do cumprimento da pena não se levam em consideração apenas os critérios objetivos do quantum dela, mas também a observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, entre os quais se encontram as menções à personalidade do agente e às circunstâncias do crime. (STF. Habeas Corpus indeferido. Habeas Corpus nº 76.191-1, 1ª Turma, 10.3.98, DJU de 3.4.98).
>
> A fixação do regime prisional não está afeta somente às regras do art. 33 e parágrafos do CP, mas também se informa pelas circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do mesmo Estatuto Repressivo, constituindo uma faculdade a ser exercida pelo Juiz mediante o exame conjugado desses dispositivos penais. (TACRIM - SP - Ap. José Habice - j. 09.03.1998 - RJTACrim 37/354).

Fica patente, portanto, que o regime semiaberto mostra-se apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas.

Inexiste hipótese de conversão da pena privativa de liberdade em pena alternativa, eis que ausente pressuposto subjetivo.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se, integralmente, a r. sentença impugnada por seus próprios fundamentos.

Após o trânsito em julgado, expeça-se o necessário, observando-se o Comunicado CG nº 628/2022.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501005-85.2023.8.26.0548, da Comarca de Campinas, em que é apelante LUCAS FERNANDES DE SOUSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, ANULARAM a sentença proferida oralmente, para que outra seja prolatada, desta feita, de forma escrita, prejudicada a análise do mérito recursal", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.122)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO MAZINA MARTINS (Presidente) e NOGUEIRA NASCIMENTO.

São Paulo, 31 de outubro de 2023.

AMABLE LOPEZ SOTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Roubo majorado - De ofício, anulada a r. sentença oral, para que outra seja proferida, de forma escrita - Precedentes STJ.
Recurso prejudicado.

VOTO

LUCAS FERNANDES DE SOUSA foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca de Campinas, às penas de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão, fixado o regime prisional fechado, somado ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, por infringir o artigo 157, §2º, inciso II, do Código Penal (dispositivo fl. 147/148).

A **Defesa**, irresignada, apresentou recurso de apelação, reclamando a absolvição do acusado por insuficiência de provas, a despeito do reconhecimento pessoal feito em Juízo, pelas vítimas (fls. 162/164).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 167/170), a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso (fls. 179/182).

É o relatório.

O réu foi condenado porque, segundo a denúncia, no dia 18 de março de 2023, por volta das 16h00, na via pública da Rua José Ramos Catarino, altura do nº 255, Pq. Tropical, comarca de Campinas, previamente conluiado e agindo em concurso e unidade de desígnios com um indivíduo não identificado, subtraiu, para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo contra as vítimas *Cristiano Ribeiro Batista de Moura e Loredana Guimarães Manarini*, o automóvel *Ford/Focus*, cor prata, placas FXQ5656, de propriedade de Cristiano, bem como o aparelho celular *Samsung GALAXY A73* e o cartão do *Banco Itaú*, pertencente à vítima Loredana.

Todavia, entendo que é o caso de anulação da r. sentença.

É que o registro audiovisual mencionado no artigo 405, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal não alcança sentenças, até porque a razão de ser de tal dispositivo é obter a maior fidelidade dos depoimentos colhidos em audiência.

Ademais, a sentença oralmente lançada nos autos é prejudicial ao réu, com grave dano ao exercício do contraditório e ampla defesa, pois se trata de título executivo judicial e, neste sentido, não se pode exigir que os acusados presos tenham acesso a dispositivos eletrônicos para conferir o conteúdo da sentença lançada nos autos em que é demandado.

Neste sentido, já se manifestou o STJ:

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR MEIO AUDIOVISUAL. TRANSCRIÇÃO PARCIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ART. 388 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE ABSOLUTA POR VÍCIO

Acesso ao Sumário

FORMAL DO ATO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Espécie em que o Paciente foi condenado como incurso no art. 155, §§ 1.º, 2.º e 4.º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal ao cumprimento da pena de 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, no regime aberto, e ao pagamento de 1 (um) dia-multa no mínimo legal. Sentença preferida de forma oral. Degravação, na ata da audiência, tão somente a dosimetria das penas e o dispositivo.

2. O art. 405 do Código de Processo Penal possibilita o registro dos termos da audiência de instrução em meio audiovisual. Tal regra, cuja redação foi conferida pela Lei n.º 11.719/2008, não tem o escopo somente de abreviar o tempo de realização do ato - em razão da desnecessidade da redução, a termo, dos depoimentos do acusado, vítima e testemunhas -, mas também o de possibilitar registro fiel da íntegra do ato, com imagem e som, em vez da simples escrita.

3. Entretanto, a busca da celeridade na prestação jurisdicional não dispensa a forma escrita da sentença, que deve vir acompanhada das razões de decidir. Contrariedade ao disposto no art. 388 do Código de Processo Penal.

4. O prejuízo à Defesa é evidente, com grave dano ao exercício do contraditório e ampla defesa, acarretando em nulidade absoluta do ato, por vício formal. Diante dessa situação, não há que se falar em preclusão da matéria (art. 563, do Código de Processo Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* concedida para determinar ao Juízo de primeiro grau a degravação integral da sentença condenatória.

(HC 470034/SC - *Habeas Corpus* 2018/0244352-2 - Rel. Laurita Vaz (1120) - Órgão Julgador T6 - Sexta Turma, data do julgamento 09/10/2018 e data da publicação DJe 19/11/2018).

Desse modo, não há outra hipótese que não **ANULAR o processo desde a r. sentença de fls. 147/148, determinando-se que outra seja proferida, de forma escrita.**

Por votação unânime, **ANULARAM** a sentença proferida oralmente, para que outra seja prolatada, desta feita, de forma escrita, prejudicada a análise do mérito recursal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001881-69.2018.8.26.0361, da Comarca de São Paulo, em que é apelante H. F. DE C., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justi-

ça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Exmo. Advogado dr. Lucas Silva Santos; fez uso da palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Alfonso Presti.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.075)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEWTON NEVES (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 31 de outubro de 2023

LEME GARCIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Estupro de vulnerável, violação sexual mediante fraude, mediação para servir a lascívia de outrem, mediante fraude, e crime do artigo 240, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso defensivo. Pleito de reconhecimento que as relações sexuais com as vítimas foram consensuais. Inviabilidade. Réu que era pastor e ingressou em família composta por quatro mulheres que frequentavam a mesma denominação religiosa. Acusado que falava em línguas, passava-se por "Deus", ou assumia a personalidade de um "anjo" para manipular e explorar sexualmente as vítimas, que eram obrigadas a manter relações sexuais com ele, sob a ameaça de sofrerem castigos divinos pelos pecados cometidos, ou por desobediência às suas ordens. Conjunto probatório robusto indicando que o consentimento das enteadas era viciado, pois acreditavam que o acusado era a personificação de Deus. Palavras coesas e harmônicas das vítimas, que narraram com riqueza de detalhes o comportamento manipulador do acusado, corroboradas pelas provas documentais. Vítima C. N. que relatou ter mantido relações sexuais com o réu antes dos 14 anos de idade e era frequentemente fotografada e filmada em poses sexuais. Vítima M. d. C., ex-companheira do acusado, bem como as filhas, que foram obrigadas a se relacionar sexualmente com outros homens, como forma de punição. Condenação mantida. Dosimetria. Aumento das penas-base readequado para a fração de 1/3. Viabilidade de reconhecimento da confissão parcial para o crime do artigo 215, do Código Penal. Fração aplicada em razão da

Acesso ao Sumário

continuidade delitiva que não comporta reparos. Penas redimensionadas. Quantum da pena imposta que justifica o regime inicial fechado. Indenização mínima fixada em favor das ofendidas que comporta redução, diante da ausência de provas sobre as condições financeiras do apelante. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por H.F.d.C., contra a r. sentença prolatada pela MMª. Juíza de Direito Juliana Nobrega Feitosa, da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Paulo, Foro Regional VII - Itaquera, que, julgando parcialmente procedente a pretensão deduzida na inicial, o condenou à pena de 69 anos, 06 meses e 14 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 25 dias-multa, no valor mínimo legal, em razão da prática dos delitos previstos no artigo 215 c.c. artigo 226, inciso II, e artigo 61, inciso II, alínea "f", por diversas vezes, no artigo 217-A, *caput*, combinado com o artigo 226, inciso II, e com o artigo 61, inciso II, alínea "f", por diversas vezes, na forma do artigo 71, no artigo 227, § 2º, combinado com o artigo 61, inciso II, alínea "f", ambos do Código Penal, por diversas vezes, em continuidade delitiva, todos do Código Penal, e no artigo 240, da Lei 8.069/90, por diversas vezes, na forma do artigo 71, do Código Penal, todos em concurso material, bem como ao pagamento de 20 salários mínimos para cada vítima, a título de compensação pelos danos morais por elas sofridos (fls. 2229/2261).

Em razões de recurso, a Defesa requer a absolvição do réu por insuficiência probatória. De forma subsidiária, pleiteia a redução das penas aplicadas (fls. 2270/2272).

Em contrarrazões, manifesta-se o Ministério Público pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 2287/2291).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Perseu Gentil Negrão, opina pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 2472/2486).

A Defesa apresentou petição se manifestando de forma contrária ao julgamento virtual (fls. 2492).

É, em síntese, o relatório.

O apelo comporta parcial provimento.

O réu foi condenado porque, entre os anos de 2011 e 2017, em datas incertas, na Rua (...), n. (...), e na Rua (...), n. (...), na cidade de São Paulo, manteve conjunção carnal, por diversas vezes, com suas enteadas G.L.d.F. e G.K.L.F. e C.N.L.C, mediante fraude, dificultando a livre manifestação de vontade das vítimas.

Também foi condenado porque no ano de 2013, até o ano de 2017, em datas incertas, na Rua (...), n. (...), na cidade de São Paulo, manteve conjunção

Acesso ao Sumário

carnal e praticou atos libidinosos diversos, por diversas vezes, com sua enteada C.N.L.C.F., menor de 14 anos à época dos fatos.

Ademais, foi condenado porque no ano de 2017, por diversas vezes, na Rua (...), n. (...), na cidade de São Paulo, filmou e fotografou sua enteada C.N.L.C.F., adolescente, em cena de sexo explícito e pornográfica, com ela contracenando.

Por fim, foi condenado porque entre os anos de 2011 e 2017, nos endereços supramencionados, induziu, mediante fraude, sua então companheira M.C.L.S., bem como as enteadas C.N.L.C.F., G.K.L.F. e G.L.d.F., a satisfazerem a lascívia de outrem.

Narra a denúncia que, no período de 2008 a 2017, o réu conviveu em união estável com M.d.C., mãe de três filhas, G.K., G.L. e C.N.

Segundo apurado, durante todo o tempo de convivência, o apelante se aproveitou da forte fé religiosa das ofendidas para cometer contra elas diversos crimes de cunho sexual.

Consta que, desde o início, o apelante afirmava ser uma pessoa "incorporada por Deus" e também costumava falar em línguas, tudo como forma de se aproximar das vítimas, dar ordens e impor regras. Nesse sentido, obrigava-as a jejuar, irem aos cultos, proibia-as de sair de casa e ver televisão, impunha hora para dormir, para acordar e para orar, obrigava todas a falarem a verdade e a revelarem tudo o que acontecia em suas vidas. Além disso, exigia que seguissem suas ordens e orientações, justificando que elas eram privilegiadas por terem "Deus" para guiá-las. Assim, as vítimas eram condicionadas e manipuladas a acreditarem em suas falas e a fazerem tudo o que o réu desejasse, pois o consideravam como um pai e protetor, que apenas queria o bem da família.

Ainda de acordo com a inicial, após cerca de cinco anos de convivência, o apelante, sempre fingindo ser "Deus", passou a ameaçar tanto sua companheira como as enteadas. Dizia a elas que seriam cruelmente castigadas em razão dos pecados cometidos e, por meio das ameaças constantes e do poder religioso exercido sobre as vítimas, tiveram início os abusos sexuais, sendo certo que cada uma desconhecia o que se passava com as demais.

Consta que, no ano de 2011, a enteada G. K., na época com 17 anos de idade e sem experiência sexual, foi a primeira vítima. Chamando-a no quarto, o acusado fez com que ela orasse sem 'shorts'. Em outro dia, na mesma semana, passando-se por "Deus" e falando coisas desconexas, foi até o quarto dela e passou as mãos em seu corpo e em sua vagina. Ao ser questionado sobre a atitude, respondeu que ela não deveria contestar os desígnios de "Deus", pois algo de muito ruim aconteceria na vida dela e de sua família. A partir de então, os "particulares", como eram chamados os encontros, tornaram-se constantes. Bastava ele estar sozinho com a vítima para passar a mão em seu corpo, até que, ainda no ano de 2011, conseguiu consumar a conjunção carnal, sempre sob ameaças

Acesso ao Sumário

de que ela morreria, ou que outro evento ruim iria acontecer, caso se recusasse à prática do ato sexual. A situação perdurou por longo tempo, até depois de a vítima ter completado a maioridade. Certa feita, disse a todos da família que a levaria para a cidade de Mogi das Cruzes, para que ela passasse um tempo com sua avó e, em verdade, a levou a um motel, onde a obrigou a manter conjunção carnal com ele. Ainda, durante as práticas dos atos sexuais, o réu tirava fotos e fazia filmagens, obrigando-a sempre a sorrir e fingir que estava gostando.

Do mesmo modo agiu com sua enteada G. L. Entre os anos de 2011 a 2012, quando a vítima tinha cerca de 14 anos de idade, o réu começou a incorporar "Deus" e a pedir "particulares" com ela. Então, ordenava que a vítima se deitasse na cama, oportunidade em que passava as mãos em seu corpo e seus órgãos genitais. Os abusos se tornaram cada vez mais frequentes e as ameaças aumentaram, sempre dizendo que uma tragédia recairia sobre a família, que ela seria assassinada, ou seria estuprada, etc.

No ano de 2013, estando a vítima G. L. com cerca de 16 anos e ainda virgem, ele se fez passar por "Deus" no celular, mandou que ela se arrumasse, colocasse uma lingerie e se deitasse no colchão, consumando o ato sexual na sequência. A vítima, embora temerosa, não ousou desobedecer às ordens recebidas, com receio de que uma tragédia acontecesse. Assim, mediante violência e contra a vontade da vítima, o réu fingiu estar incorporado por "Deus" e a estuprou, sendo que os atos se repetiram por inúmeras vezes até o ano de 2017. O acusado também a fotografava e filmava durante as práticas sexuais, sempre a obrigando a sorrir e parecer feliz nas gravações.

Da mesma forma procedeu com a vítima C. N. No ano de 2013, quando ela contava com 13 anos de idade, o acusado a chamou no quarto, fingiu estar incorporado por "Deus" e passou a mão em seu corpo e sua vagina. A vítima tentava resistir, mas ele continuava com os abusos e a ameaçava, dizendo que se ela revelasse o que tinha ocorrido, sua mãe seria morta pelas mãos de seu pai biológico. No mesmo ano, as conjunções carnais com referida enteada tiveram início, sempre com violência e ameaça de que algo muito ruim aconteceria. Os abusos sexuais perduraram até o ano de 2017 e, durante os atos sexuais, a vítima era filmada e fotografada em cenas de sexo explícito. A frequência dos atos sexuais variava, mas não era incomum que ela fosse obrigada a manter relações sexuais com o acusado por diversos dias na mesma semana.

Relata a denúncia também que, com o passar do tempo, não satisfeito em satisfazer a própria lascívia, o réu passou a obrigar a companheira e suas enteadas a manterem relações sexuais com outros homens. Para alcançar seu intento criminoso, usava o celular das vítimas e se passava por elas para marcar encontros com homens com quem teriam de praticar atos sexuais e libidinosos.

Nesse sentido, no ano de 2012, o acusado, passando-se por "Deus" e mediante ameaça de que poderia ocorrer uma desgraça, orientou a companheira

Acesso ao Sumário

M. C. a cumprir "missões", induzindo que mantivesse relações sexuais com o cunhado J. B. A vítima rejeitou a ideia, mas sucumbiu quanto o acusado inventou que estava com câncer, pois acreditou que uma tragédia havia se concretizado na família. Assim, consumou a relação sexual com o irmão do apelante. Posteriormente, o réu fotografou a esposa em poses pornográficas e utilizava as fotos dela para atrair outros homens.

Também consta da inicial acusatória que o apelante obrigou as enteadas a manterem relações sexuais com terceiros. No ano de 2016, vítima G.K., na ocasião com 22 anos de idade, foi obrigada a manter relações sexuais com E.d.S.N. em troca de dinheiro e a filmar o ato sexual. Da mesma forma, no ano de 2015, a vítima G. L., com 17 anos de idade, manteve relações sexuais com R.B.d.F, ao passo que nos anos de 2016 e 2017, a vítima C.N., com 16 anos, foi obrigada a manter conjunção carnal com P.L.d.A. e A.L.G.

No entanto, em outubro de 2017, a vítima G. K., ao mexer no *notebook* do acusado, deparou-se com fotos de sua irmã C.N. mantendo relações sexuais com ele, momento em que ficou horrorizada e percebeu que aquilo não acontecia apenas consigo. E então, no dia 26 de dezembro de 2017, G. K., ao se sentir ameaçada pelo acusado, relatou os fatos para sua mãe e irmãs. Diante da situação, todas as vítimas fugiram de casa e depois registraram ocorrência na Delegacia de Polícia.

De saída, para uma melhor compreensão do quanto será exposto nesta seara recursal, cumpre tecer algumas observações.

Além do apelante, também foram denunciados J.B.F.d.C., pelo delito de estupro, A.L.G., P.L.d.A. e R.B.d.F., pela prática do crime de submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 anos, e ainda, com relação a este último, foi-lhe imputado o crime do artigo 240, § 1º, do ECA.

A r. sentença de primeiro grau absolveu os acusados J.B.F.d.C., A.L.G., P.L.d.A. e R.B.d.F., na esteira da manifestação ministerial de fls. 2114/2115, a seguir transcrita, com abreviação do prenome das partes, a fim de preservar-lhes a identidade:

"De outra parte, é medida de rigor a absolvição dos acusados A., P. e R. em relação ao crime previsto no artigo 218-B, § 2º, inciso I, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal. Isso porque não foram amealhadas provas suficientemente seguras de que os réus tenham praticado conjunção carnal ou outros atos libidinosos com as vítimas menores, em contexto de exploração sexual e cientes dessa condição. Com efeito, os acusados negaram ter ciência de que H. intermediava os encontros com as vítimas e alegaram acreditar que mantinham efetivamente relacionamentos amorosos com elas. Também não ficou comprovada a efetiva entrega de dinheiro por parte deles como forma de pagamento pelos serviços sexuais prestados pelas ofendidas a mando de H. ou que

Acesso ao Sumário

eles prestavam serviços de forma gratuita ao corréu. Embora as vítimas tenham confirmado a entrega de envelopes pelos acusados, não se tem certeza quanto ao seu real conteúdo. De mais a mais, as fotografias juntadas pela Defesa do acusado R. a fls. 1497/1510 lançam dúvidas razoáveis a respeito da data em que manteve relações íntimas com G., indicando que ocorreram após a maioridade da vítima. Anoto, por oportuno, a fotografia de fls. 1506 em que o acusado aparece sem a tatuagem no tórax, em dezembro de 2015. Posteriormente, tem-se a publicação de fls. 1507, de maio de 2016, já com a referida tatuagem, tal como nas imagens de fls. 111, ocasião em que teria ocorrido a primeira relação sexual com G. Nessa toada, também se tornam frágeis as provas a respeito da caracterização do crime do artigo 240, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem como elementar do tipo penal a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica. É certo que a prolação de um édito condenatório depende de provas seguras quanto à autoria e a materialidade do delito. No caso vertente, diante da fragilidade probatória e tendo em vista o princípio do in dubio pro reo, é de rigor o desate absolutório quanto aos réus A., P. e R.".

Posto isso, passo à análise do mérito.

A materialidade delitiva restou bem demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 04/06), pelas fotografias das vítimas (fls. 109/133), pelos *prints* de conversas de whatsapp (fls. 134/223, 228/423 e 428/623, pelos laudos periciais (fls. 1118/1135 e 1852/1862), pelos laudos periciais complementares (fls. 1888/1929, 1932/1939 e 1940/1944), pelos links de áudio (fls. 1376, 1423, 1426, 1882, 1945, 1948 e 1985), bem como pela prova oral produzida.

A autoria do crime, do mesmo modo, é inconteste.

O réu, na Delegacia de Polícia, preferiu permanecer em silêncio, fazendo uso do direito constitucional que lhe foi assegurado (fls. 732). Em juízo, negou a prática dos delitos que lhe foram imputados. Disse que tinha o costume de falar em línguas em casa e nos cultos, mas nunca utilizou o nome de Deus para obrigá-las a praticar atos sexuais com ele ou qualquer outro ato libidinoso, tampouco disse a elas que essa era a vontade de Deus, de modo que tudo sempre aconteceu mediante consentimento mútuo. Confirmou que manteve relacionamento extraconjugal com todas as enteadas, sem que uma soubesse do seu envolvimento com as outras. Asseverou que as relações sexuais, filmagens e fotografias dos momentos de intimidade eram consensuais. Afiançou que os relacionamentos com as vítimas G. K. e G. L. tiveram início quando elas já eram maiores de idade e, em relação à enteada C. N., relatou que as práticas amorosas entre ambos aconteceram quando ela tinha idade superior a 15 anos. Asseverou que as enteadas tiveram relacionamentos amorosos com vários rapazes que trabalhavam com ele, mas nunca recebeu qualquer quantia por isso. Afirmou que não induziu a companheira M. C. a nada que fosse contra a vontade dela, bem como nunca

Acesso ao Sumário

houve violência contra elas. Disse acreditar que elas o acusam porque decidiu voltar para a ex-companheira no final do ano de 2017 (mídia digital).

A vítima M. d. C., em juízo, declarou que cresceu em meio à doutrina religiosa e criou suas filhas com base em regras rígidas, sem televisão e celular. Não tinha contato com pessoas de fora do mundo evangélico. Ela e o marido frequentavam a igreja onde o acusado era pastor. O casamento não ia bem e era aconselhada pelo apelante a se separar. Após a separação, foi morar em São Paulo e o acusado começou a frequentar sua casa e, após algum tempo, mudou- se para lá. Sempre acreditou que o réu fosse um bom homem, pois dizia que Deus o usava para se comunicar com ela. Detalhou que, nestas ocasiões, ele falava com os olhos fechados. Também falava em línguas, mencionando trechos da bíblia. O réu dizia que Deus iria cumprir uma promessa na vida dela (a de se casar com ele), mas para isso deveria viver em oração e jejum. Viveu por anos seguindo a orientação recebida, mas a promessa de casamento não se cumpria. Chegou a questionar Deus sobre a razão de seu desejo não se concretizar e o acusado ficou muito nervoso ao saber disso, chamando-a de serva ingrata, e que a jogaria na prostituição. Afirmou que aquelas palavras lhe deixaram desesperada. Disse que ficou temerosa em recusar a ordem, pois ele a ameaçou no sentido de que, caso não o atendesse, "as filhas pagariam". Relatou ter mantido relação sexual com o cunhado, por uma vez, a mando do réu, e naquele dia o acusado presenciou a cena de dentro do guarda-roupas. Acrescentou que o réu divulgou suas fotos íntimas entre os membros da igreja. No ano de 2017, as filhas G. K. e G. L. foram até ela e disseram: "Mãe, ele não é Deus". Soube, então, que elas eram abusadas e decidiram fugir de casa. Naquele momento, o réu chegou e ela tentou disfarçar, ao que o réu apagou as luzes da casa, simbolizando que Deus as estava abandonando. Achou que todas morreriam naquele dia. Todas conseguiram sair, aproveitando-se do instante em que ele guardava o carro (mídia digital).

A vítima G. K., sob o crivo do contraditório, disse que o relacionamento com o acusado era muito bom, tendo se tornado um pai para ela. Ele era pastor, pregador e diácono, muito prestigiado entre os membros da igreja. Narrou que, depois de um tempo, ele começou a se passar por "Deus". Em um primeiro momento, somente pediu para que confessasse os seus pecados e ela contava tudo, como se estivesse dialogando com Deus. Discorreu que a primeira atitude estranha aconteceu quando foi orar e ele pediu para que ela tirasse os shorts, sob o argumento de que, para ir à igreja e orar, deveriam usar saia ou vestido. Prosseguiu relatando que, em outra oportunidade, o apelante passou a mão em suas partes intimas, por cima de sua calcinha e, ao questionar o fato, ele mudava a voz e falava em línguas. Naquela ocasião tinha 17 anos. Citou que o réu tinha várias personalidades: pai, Deus e anjo, e para cada personalidade utilizava uma voz diferente. Afirmou que o réu justificava a necessidade de ela aceitar as relações sexuais para evitar que algum espírito ruim incorporasse nele, ou

Acesso ao Sumário

então para que nenhuma doença ou tragédia ocorresse com ela. Declarou que os abusos perduraram até o ano de 2017, quando tinha mais de 20 anos. Relatou ter cumprido uma "missão" com o irmão do acusado e, tempo depois, com mais um homem. Esclareceu que as conversas de cunho sexual no seu celular eram realizadas pelo réu, ou então sob a orientação dele. Quanto às gravações e fotografias, o réu alegava que aquilo era uma "determinação de Deus". Afirmou que ficava incomodada quando ele pedia para ela aparecer sorrindo nas fotos. Asseverou que acreditava em Deus e, por isso, não desconfiava de nada, sendo sua fé baseada na pessoa do acusado. Acabou descobrindo os fatos quando viu as fotos e vídeos no *notebook* do acusado (mídia digital).

A vítima G. L., em juízo, declarou que se apegou ao acusado como um pai. Contou que, aos poucos, ele começou a se manifestar às vezes como "Deus", às vezes como anjo, como amigo e, por fim, também como namorado. Esclareceu que, sob a forma de "Deus", ele a obrigava a confessar seus pecados e os castigos se davam na forma de cumprimento de "missões". Uma das primeiras foi por conta de ter cabulado aula para ir à casa de um amigo. Ao confessar o que havia feito, ele a obrigou cumprir um castigo. Deu três opções: ser vítima de estupro coletivo na rua, ser apedrejada até a morte pelo pai biológico, ou perder a virgindade com ele. Escolheu esta última alternativa. Relatou que esses fatos ocorreram no ano de 2013, quando tinha 16 anos. Até então, nunca havia namorado e chorou durante o ato sexual. Disse que o réu mudava completamente a voz quando era "Deus", ao passo que, quando era "anjo", falava em línguas estranhas. Narrou que os abusos ocorriam toda semana e perduraram até 2017. Afiançou que o pior castigo foi o de ser obrigada a ter relações sexuais com R. B. d. S., pois não tinham amizade, o que aconteceu uma vez. Esclareceu que os encontros foram combinados pelo acusado, que se passava por ela no celular. Disse que gravou o ato sexual a mando do réu e, ao final, recebeu um envelope destinado a ele. Declarou que nunca pensou em contar nada porque acreditava que o apelante era "Deus", e sofria ameaças vindas dele, que chegou a dizer que ela morreria de câncer. Discorreu que G. K. descobriu as fotos de C. N. praticando sexo com o réu e então contou às irmãs que também sofria abusos. Depois disso, expuseram os fatos para a mãe. Narrou que, devido às experiências traumáticas, sofreu de ansiedade e depressão, bem como faz acompanhamento psicológico, pois teve regressão e voltou a usar chupeta (mídia digital).

A vítima C. N., sob o crivo do contraditório, disse que o acusado a tratava bem na frente dos familiares e de outras pessoas, afirmando que, quando ele foi morar com sua genitora, investiu-se na posição de pai. Discorreu que ele se manifestava como "Deus" e aconteciam cultos em sua casa. Relatou que, na idade de 13 anos, ele a chamou para ter um "particular" no quarto e colocou "o dedo nela". Ficou insegura, mas ele se manifestou como "Deus" e disse que a envergonharia e que deixaria o pai biológico matar a família, motivo pelo qual ficou

Acesso ao Sumário

apavorada. Relatou que os atos sexuais tiveram início no ano de 2013, quando era obrigada a assistir vídeos pornográfico e reproduzir as cenas com ele, enquanto era filmada, sempre coagida a sorrir e demonstrar que estava apreciando o momento. Ele também a mandava vestir roupas sensuais para ser fotografada. Afirmou que no início os abusos ocorriam uma vez por semana. Ficava muito dolorida e não conseguia se olhar no espelho. Disse ter cumprido três "missões" com P., no ano de 2017, e as considerava humilhante e pavoroso. Também manteve relações sexuais com A, entre os anos de 2016 e 2017, por duas vezes. Narrou que os encontros com P. foram combinados pelo réu, que se passava por ela no celular para conversar com o rapaz. Afirmou que os abusos perduraram até o fim de 2017, quando os fatos vieram à tona. Disse que tinha medo do réu, pois acreditava nas palavras dele de que coisas ruins aconteceriam com sua família se rejeitasse os encontros (mídia digital).

A testemunha A. W. d. C. C., filho do irmão do acusado, em juízo, nada acrescentou de relevante sobre os fatos. Disse que manteve relação amorosa com C. N., mas nunca soube de qualquer abuso praticado pelo réu contra ela (mídia digital).

A testemunha E. d. S. N., em juízo, disse a vítima G. K., acompanhada do réu, foram na sua gráfica e acreditou que eles formavam um casal. Porém, diante das investidas de G. K., trocaram mensagens e depois marcaram um encontro no motel, onde tiveram relações sexuais. Estranhou quando ela pediu para filmar e fotografar, mas aceitou ao ser informado de que se tratava de fetiche. Afirmou que G. K. enviava fotos seminua. Disse que não conhecia o réu e ficou surpreso ao saber que era padrasto dela. Negou ter dado presentes ou dinheiro à vítima (mídia digital).

A testemunha W. L. B. F., em juízo, disse que era professor da vítima C. N. A aproximação entre os dois aconteceu porque ela era uma pessoa religiosa e conversavam bastante sobre o assunto. Assegurou que não chegaram a manter relações sexuais, mas se encontravam fora do ambiente escolar, em momentos de mais intimidade, chegando a beijá-la. Disse que não recebeu fotos sensuais dela, tampouco lhe deu bens após esses encontros. No entanto, em uma das mensagens, ela pediu para que ele levasse um DVD em sua casa. Ao chegar na residência, C. N. estava maquiada, usando salto alto, lingerie e um sobretudo. Foram até o quarto e quase aconteceu o ato sexual. Desconhece o motivo pelo qual pararam de se ver. Ligou para ela em certa ocasião e o "pai" dela atendeu e pediu para que ele não a procurasse mais. Não teve contato com o réu, apenas o conhecia por foto, e fico surpreso com a denúncia, pois parecia que eles tinham bom relacionamento (mídia digital).

A testemunha G. R. d. O., em juízo, disse que conheceu o acusado por conta da religião, já que frequentavam a mesma igreja. Presenciou o réu fazendo pregações nos cultos e ele incorporava entidades divinas, além de falar em

Acesso ao Sumário

línguas. Contou que, certo dia, enviou uma mensagem para o réu e a pessoa que respondeu se identificou como sendo a esposa e, a partir de então, passou a "dar em cima dele". Afirmou ter recebido cerca de 50 a 150 fotos íntimas da vítima M. d. C., usando lingerie. Os contatos duraram aproximadamente 30 dias. Relatou os fatos ao pastor da igreja, que marcou uma reunião com ele, o réu e M. d. C. Durante a reunião, desconfiou que não era a vítima quem enviava as mensagens (mídia digital).

Em juízo, a testemunha E. M. R., esposa da testemunha G. R. d. O., disse que eles e o acusado congregavam na mesma igreja. Certo dia, foram convocados a participar de uma reunião, a fim de resolver as relações entre o marido e a esposa do acusado. Desconhece que ele a tenha traído. Afirmou que, durante a reunião, a vítima M. d. C. e a filha G. K. permaneceram caladas, mas no encerramento vieram pedir perdão. Pelo que foi dito, as mensagens e fotos da vítima M. d. C. foram enviadas pelo acusado. Declarou que elas lhe contaram que o réu se passava por "Deus" (mídia digital).

As testemunhas de Defesa D. d. S. T., A. d. M. F., M. A. B. d. S. e F. A. A., arroladas pelo corréu J. B. F. d. C., não acrescentaram nada de relevante para os esclarecimentos dos fatos.

Depreende-se do conjunto probatório que a vítima M. d. C., sempre foi profundamente envolvida com a doutrina cristã, era assídua frequentadora de cultos e seu círculo social era formado apenas por pessoas do meio evangélico. A herança desse ambiente, marcado por regras rígidas de conduta, foi transmitido às três filhas, que cresceram sob forte influência de valores morais e éticos, de natureza religiosa.

Referida vítima conheceu o apelante, que era um pastor prestigiado entre os membros da igreja e tinha por hábito "invocar divindades" e falar em línguas durante as pregações. Já no ano de 2012, após a separação do marido, acolheu o réu para residir em sua casa, por acreditar que ele era um homem que se norteava por bons princípios. Contudo, com o passar do tempo, o acusado demonstrou sua verdadeira face e personalidade manipuladora, a fim de satisfazer seus impulsos sexuais.

Acesso ao Sumário

A propósito, as quatro vítimas foram uníssonas ao detalhar o *modus operandi* do réu. No início ele demonstrou ser um bom marido e padrasto, tanto que as enteadas o consideravam como um pai. E assim a relação prosseguir de forma normal, até que o acusado, arvorando-se, não somente na figura de Deus, mas em outras "entidades", que representava por meio de vozes diferentes, começou a subjugar psicologicamente as vítimas, mediante ameaças de que elas ou a família sofreriam castigos terríveis, em razão dos pecados cometidos, ou por causa da desobediência às suas ordens.

Mais que isso, utilizando de sua autoridade espiritual como pastor da igreja que costumavam frequentar, admoestava as ofendidas que o único meio

de nenhum mal se abater sobre elas ou sobre a família seria se mantivessem relações sexuais com ele, ou com terceiros, por meio das tais "missões", o que significava manter relações sexuais a mando de Deus.

A vítima C. N., afirmou que os atos libidinosos e sexuais com o réu se iniciaram no início do ano de 2013, quando tinha 13 anos de idade, sendo certo que a situação se prolongou por vários anos. Declarou que cedia aos desejos do acusado porquanto ele fazia presságios de que alguma fatalidade poderia ocorrer no âmbito familiar se houvesse recusa de sua parte. Ademais, declarou ter mantido relações sexuais com dois homens, A. e P., em datas distintas, sempre por determinação do réu, ressaltando que os atos eram filmados ou fotografados a pedido dele.

Da mesma forma, as vítimas G. K. e G. L., disseram que não somente mantiveram conjunção carnal com o apelante, ainda durante a menoridade, como também cumpriram "missões" com outros homens, porque temiam sofrer castigos divinos, caso desobedecessem às ordens daquele que se dizia o próprio Deus, ou às vezes "anjo", a depender da conveniência da situação.

Por fim, a ofendida M d. C., afirmou que tinha o sonho de se casar com o réu, que ainda não tinha se divorciado da ex-esposa, e como aquela situação não se concretizava, mesmo diante de penitências ininterruptas, foi acusada pelo companheiro como uma pessoa de pouca fé. Como se não bastasse, teve que pagar pela ofensa da dúvida por meio da prática de ato sexual com o cunhado, enquanto o réu permaneceu no guarda-roupas observando a cena.

Importa destacar que, nos crimes contra a dignidade sexual, muitas vezes cometidos na privacidade do lar ou em locais ermos, são poucos os casos em que terceiros presenciamos atos, de maneira que a palavra da vítima se reveste de relevante importância para que se desvende a verdade dos fatos.

Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. ABSOLVIÇÃO. PROVAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICOPROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. VALOR PROBANTE DA PALAVRA DA VÍTIMA. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> 1. A despeito da oposição dos embargos de declaração, verifica-se que as questões relativas ao reconhecimento do crime continuado (art. 71 do Código Penal), da detração penal e da inépcia da denúncia não foram examinadas pelo acórdão recorrido, faltando-lhes assim o requisito indispensável do prequestionamento. Aplica-se na espécie o óbice da Súmula 211/STJ.
>
> 2. O Tribunal de origem, soberano na análise fática dos autos, concluiu ser suficiente o conjunto probatório para a condenação do recorrente. Desse modo, no caso, a revisão desse entendimento encontra óbice no

Acesso ao Sumário

Enunciado Sumular n. 7 desta Corte.

3. A jurisprudência é assente no sentido de que, nos delitos contra liberdade sexual, por frequentemente não deixarem testemunhas ou vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito. 4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1094328/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, Dje 19/12/2017)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ÉDITO REPRESSIVO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

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. A pretendida absolvição do paciente é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional, em razão do seu rito célere e desprovido de dilação probatória.

3. No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do habeas corpus a reanálise dos motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado.

4. Nos crimes contra a dignidade sexual, em que geralmente não há testemunhas, a palavra da vítima possui especial relevância, não podendo ser desconsiderada, notadamente se está em consonância com os demais elementos de prova produzidos nos autos, exatamente como na espécie. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 421.179/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, Dje 19/12/2017)

No presente caso, as vítimas descreveram com riqueza de detalhes os acontecimentos que se repetiram inúmeras vezes ao longo de anos, enfatizando sempre o lado da personalidade manipuladora do acusado. Desse modo, a ver-

são do réu no sentido de que as ofendidas consentiram livremente a praticar os atos sexuais restou isolada nos autos, porquanto desacompanhada de provas a lhe dar respaldo.

A propósito, cumpre enfatizar que, muito embora as vítimas C.N., G. K. e G. L. tenham mantido relações sexuais com o apelante já em idade superior a 14 anos e sem o emprego de violência, os elementos coligidos evidenciam que havia vício de consentimento.

Com efeito, não obstante reagissem instintivamente na tentativa de evitar o comportamento inapropriado do padrasto, acabavam por consentir frente às encenações do réu, que mudava o tom de voz e fazia com que acreditassem que as relações correspondiam a "desígnios de Deus", além de sentirem temor diante das ameaças inventadas sobre possíveis punições em forma de tragédias e doenças que poderiam ocorrer, com elas ou com outra integrante da família, caso rejeitassem o quanto lhes era proposto.

Corroboram os relatos das vítimas as dezenas de mensagens postadas no grupo de *whatsapp* da família, dentre as quais o réu, além de impor ordens, reproduzir passagens bíblicas e fazer profecias, chega ao ponto de afirmar ser Deus (fls. 767/792).

Nesse ponto, vale notar algumas mensagens enviadas pelo acusado no grupo da família, *in verbis*:

> *"(**) sou eu o senhor deus de Abraaão isaque e jacó eis que eu o senhor dos exercícios dei a ordem a g. de ir para mogi assim também quero que avize ao meu servo que ele também irá terminar algumas pendências que restou na casa..."*
>
> *"(**) ele está em orações me buscando. Não cincomodar" "Isso para mim significa muita coisa sou Deus"*
>
> *"Preciso fazer um culto aqui amanhã já esta agendado. Todos de jejum". "sou que que estou usando a boca deste servo meu na terra todos ouçam".*

A propósito, como bem fundamentou a i. magistrada sentenciante: *"O acusado, sem dúvida, utilizava de artifícios que tornaram insuperável o erro, sendo que as vítimas se enganavam sobre a própria identidade pessoal do agente ou, em outros contextos, sobre a legitimidade da conjunção carnal a que se prestavam. A um primeiro olhar, pode-se alegar que as vítimas não consentiram, porquanto ameaçadas por um mal maior. Porém, tecnicamente, o que se constata é que o consentimento existia de maneira viciada, em razão da malícia do réu e do emprego da fé como instrumento de manipulação."* (fls. 2250).

Assim, a conduta do acusado se amolda perfeitamente ao tipo penal previsto no artigo 215, do Código Penal:

> **Art. 215.** Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre ma-

Acesso ao Sumário

nifestação de vontade da vítima.

Igualmente, o réu incidiu na conduta tipificada no artigo 240, §2º, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, consistente em filmar e fotografar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo C. N., o que se comprovou tanto pelos depoimentos da vítima como pela vasta documentação encartada aos autos.

No tocante ao crime de mediação para servir a lascívia de outrem, também é incogitável a absolvição. Como se não bastassem os relatos colhidos, as testemunhas arroladas pela Acusação confirmaram que o comportamento das ofendidas era incomum, devido à forma tão explícita no modo de se insinuar.

Nesse ponto, cumpre consignar que a testemunha W. L. disse que estranhou o fato ir à casa de C. N. e a encontrar toda maquiada e usando lingerie. Ainda, a testemunha E. d. S. asseverou em juízo que chegou a desconfiar das insinuações sensuais repentinas de G. K. pelo *whatsapp*, mas acabou por manter relações sexuais com ela, pois esta dizia que gostava de homens mais velhos. Igualmente a testemunha G. R. admirou-se ao receber dezenas de fotos sensuais de M. d. C., pois em nada correspondia ao comportamento dela quando se encontravam na igreja.

Dessa forma, as provas são firmes e seguras no sentido de que o acusado foi o responsável por induzir as vítimas a se relacionarem sexualmente com outros homens e, para tanto, manipulava seus aparelhos celulares, enviando mensagens sedutoras em nome delas, conforme amplo acervo documental angariado desde a fase do inquérito.

Não existindo qualquer indicativo de que as vítimas e as testemunhas arroladas pela Acusação estariam imputando falsamente ao réu a prática de crimes de tamanha gravidade, de rigor o reconhecimento da verossimilhança de seus dizeres, notadamente porque respaldados pelos demais elementos de prova constantes dos autos, acima referidos.

Em suma, agindo de forma ardilosa, o réu conseguiu se inserir no seio de uma família composta de mulheres devotas e, por meio de representações teatrais que impressionavam a sensibilidade religiosa das vítimas, porquanto se colocava na condição de "emissário de Deus", quando não invocava para si a própria divindade, praticou diversos crimes de ordem sexual.

Impõe-se, portanto, a condenação do réu pelo crime do artigo 217-A, do Código Penal, cometido contra a vítima C. N., pelo crime do artigo 215, do Código Penal, cometido contra esta e também em relação às vítimas G. K. e G. L., pelo crime do artigo 227, § 2º, do Código Penal, cometido contra C. N., G. K., G. L. e M. d. C., e pelo crime previsto no artigo 240, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cometido contra a vítima C. N.

Passo à análise da dosimetria das penas, que comporta reparos.

Na primeira etapa, a i. sentenciante, ponderando as circunstâncias e con-

Acesso ao Sumário

sequências dos crimes, fixou a pena-base: i) em 04 e 06 meses de reclusão para o crime de violação sexual mediante fraude, ii) 12 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão para o crime de estupro de vulnerável, iii) 06 anos e 06 meses de reclusão, e pagamento de 15 dias-multa, para o delito do artigo 240, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e iv) 05 anos e 09 meses para o crime de mediação para servir a lascívia de outrem, mediante fraude.

Todavia, não obstante a gravidade dos delitos, considero exacerbado tal aumento, de modo que, pelos mesmos fundamentos, elevo as penas-base na fração de 1/3, resultando em: i) 02 anos e 08 de reclusão, para o delito violação sexual mediante fraude, ii) 10 anos e 08 meses de reclusão, para o delito de estupro de vulnerável, iii) 05 anos e 04 meses de reclusão, e pagamento de 13 dias multa, no valor unitário mínimo legal, para o delito do artigo 240, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e iv) 02 anos e 08 meses de reclusão, para o delito de mediação para servir a lascívia de outrem, mediante fraude.

Na segunda fase, considerando que os crimes dos artigos 215, 217-A e 227, §2º, todos do Código Penal, foram praticados no contexto de relações domésticas, escorreita a aplicação da agravante genérica prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, de modo que as reprimendas intermediárias, com o acréscimo da fração de 1/6, resultam em: i) 03 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, para os crimes dos artigos violação sexual mediante fraude e mediação para servir a lascívia de outrem e ii) 12 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, quanto ao crime de estupro de vulnerável.

Por outro lado, entendo cabível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, de forma parcial, uma vez que o acusado confirmou ter praticado relações sexuais com as enteadas. Desse modo reduzo a pena intermediária quanto ao crime de violação sexual mediante fraude na fração de 1/10, perfazendo 02 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão.

Na terceira fase, diante da causa de aumento prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal, escorreita a elevação em metade das sanções previstas nos artigos 215 e 217-A, do Código Penal, resultando em: i) 04 anos e 02 meses e 12 dias de reclusão, para o crime de violação sexual mediante fraude, e ii) 18 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, para o crime de estupro de vulnerável. Quanto ao crime previsto no artigo 240, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ante a presença da causa de aumento do §2º, inciso II, do mesmo diploma legal, aumento a pena em 1/3, majorando-a para 07 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, e pagamento de 17 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Ainda nessa etapa, correta a aplicação de 1/4, em razão da continuidade delitiva, uma vez que referidas condutas foram repetidas por inúmeras oportunidades.

Anote-se que a prática de crimes sexuais contra vítimas distintas não obsta o reconhecimento de continuidade delitiva entre todos. Com efeito, pelo que

Acesso ao Sumário

infere dos autos, os crimes eram praticados em períodos contínuos de tempo e com o mesmo *modus operandi*, incorrendo a conduta delituosa, portanto, na norma prevista no artigo 71 do Código Penal.

Esta, inclusive, é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMAS DIFERENTES. POSSIBILIDADE. REQUISITOS. AFERIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "[...] o fato de os crimes haverem sido praticados contra vítimas diversas não impede o reconhecimento do crime continuado, notadamente quando os atos houverem sido cometido no mesmo contexto fático" (REsp n. 1.392.421/MG, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 31/8/2017).

2. "Para dissentir do entendimento do Tribunal de origem, que soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, reconheceu presentes os requisitos para a aplicação da continuidade delitiva, seria necessário a incursão no acervo fático e probatório, o que é vedado nos termos da Súmula 7/STJ" (AgRg no AREsp n. 896.630/DF, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe 14/6/2016). 3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1456541/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 18/12/2018)

Assim, com as alterações supra, as reprimendas perfazem: i) 23 anos e 20 dias de reclusão, para o crime de estupro de vulnerável, ii) 05 anos e 03 meses de reclusão, para o crime de violação sexual mediante fraude, iii) 03 anos, 10 meses e 20 dias, para o crime de mediação para servir à lascívia de outrem, iv) 08 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 21 dias-multa, no valor mínimo unitário legal para o crime previsto no artigo 240, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Somadas as penas, na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal, a reprimenda total resulta em 41 anos e 01 mês de reclusão, e pagamento de 21 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

O regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda não comporta reparos. O acusado praticou crimes graves contra a própria companheira e enteadas, sendo adequada, portanto, a aplicação do regime mais rigoroso. Aliás, pelo *quantum* da pena, superior a 08 anos, não poderia ser estabelecido outro o regime prisional, a teor do que dispõe o artigo 33, § 2º, a, do Código Penal.

Por fim, com fundamento no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, a r. sentença estabeleceu o valor equivalente a 20 salários mínimos a título de indenização, para cada vítima, pelos danos morais sofridos. Contudo,

Acesso ao Sumário

muito embora os crimes sexuais tenham aptidão para gerar dano presumido, entendo que a quantia se mostra exacerbada, porquanto não há provas da real capacidade financeira do apelante, de modo que fixo a indenização, para cada vítima, em 05 salários mínimos, o que se mostra mais adequado com a profissão declarada pelo réu (empreiteiro de obras - fls. 732), sem prejuízo de eventual complementação cível em demanda e instrução próprias na esfera cível.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso defensivo, a fim de reduzir as reprimendas impostas a H. F. d. C., (i) pelo crime de estupro de vulnerável, para 23 anos e 20 dias de reclusão, (ii) pelo crime de violação sexual mediante fraude, para 05 anos e 03 meses de reclusão, (iii) pelo crime de mediação para satisfazer a lascívia de outrem, mediante fraude, para 03 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, e (iv) pelo crime do artigo 240, do Estatuto da Criança e do Adolescente, para 08 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 21 dias-multa, no valor mínimo unitário legal, bem como reduzir a indenização mínima, para cada vítima, para o valor equivalente a 05 salários mínimos, subsistindo, no mais, a r. sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação Criminal nº 1510135-70.2019.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante J. L. DE M., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Augusto Cesar Macedo Silva e usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino." de conformidade com o voto de relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 64.146)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 7 de novembro de 2023

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

EMENTA: Crimes contra a dignidade sexual. Delitos de estupro de vulnerável majorados, praticados por agente com autoridade sobre a vítima, em continuidade delitiva (artigo 217-A, caput, cc. § 1º, e artigo 226, II, e artigo 217-A, caput, cc. artigo 226, II, tudo na forma do artigo 71, todos do Código Penal). Crimes caracterizados, integralmente. Provas de materialidade e de autoria. Palavras da vítima fortes e coe-

Acesso ao Sumário

rentes, merecedoras de crédito e que dão conta certa, em detalhes, de todos os fatos imputados ao acusado. Testigos incriminadores que as corroboram. Versões exculpatórias do acusado inverossímeis. Condenação imperiosa. Apenamento criterioso, impassível de alterações. Regime fechado único possível. Apelo improvido.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **J. L. de M.** saiu **condenado** às penas de **20 anos de reclusão** (*regime inicial fechado*), pela prática da infração penal capitulada no artigo 217-A, *caput*, cc. artigo 226, II, do Código Penal (*estupro de vulnerável majorado, praticado por agente que possui autoridade sobre a vítima*), com aplicação, ao final, da regra da continuidade delitiva qualificada entre os crimes, com fundamento no artigo 71 do Código Penal.

O apelo do réu - *f. 354/361* - pretende, essencialmente, a absolvição, por entender insuficientes as provas reunidas nos autos, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Subsidiariamente, pleiteia ***(i)*** a redução da pena-base; ***(ii)*** afastar a causa de aumento de pena prevista no artigo 226, II do CP; ***(iii)*** a redução da fração utilizada pela continuidade delitiva; e ***(iv)*** abrandamento do regime prisional.

Anotam-se contrarrazões ministeriais - *f. 367/370* -, pela mantença do r. decisório de origem.

Autos distribuídos (*f. 376*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, concluiu, em parecer respeitável, pelo improvimento do recurso - *f. 380/384* -, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, em ***14.ago.2022*** - *f. 385*.

É o relatório.

Estupro de vulnerável agravado em continuidade delitiva (art. 217-A, *caput*, cc. artigo 226, II, na forma do art. 71, todos do Código Penal.

Aos ***fatos***.

Acusado, amigo próximo da família e padrinho do irmão da vítima, começa a abusar de ***K.***, iniciando com abraços lascivos, em que esfregava o corpo dele no dela.

Com o decorrer do tempo, além dos abraços lascivos, ele apalpava e passava a mão nas partes íntimas da vítima, algumas vezes por cima da roupa, noutra por dentro das vestes passando a mão em sua vagina e seios.

Quando ***K.*** completou 13 anos, o acusado colocou o seu órgão genital para fora da bermuda, e mandou que ela fizesse sexo oral, tendo ela recusado.

Acesso ao Sumário

Em outra situação, o réu colocou a ofendida na cama, e abaixou parcialmente a roupa dela, em seguida tirou o pênis para fora da bermuda, e encostou na vagina da vítima, quando, a esposa dele bateu na porta, interrompendo a ação.

Os abusos sexuais vieram à tona quando uma tia da vítima entrou sem avisar no apartamento do acusado, e o flagrou esfregando a genitália dele na região da vagina da ofendida, estando ambos em pé e de roupa.

A vítima contou para a sua genitora sobre os abusos sexuais, os quais eram constantes, e J. dizia para ela não contar para ninguém.

Os abusos ocorreram durante o período de 2013 até julho de 2019.

Em razão dos abusos, a vítima desenvolveu crise de ansiedade, insônia e déficit de atenção, inclusive, tentou suicídio, e faz tratamento psicológico e psiquiátrico.

Pois bem.

Condenação acertada.

Elementos mais do que suficientes a garantir autoria e materialidade delitiva.

Esta restou evidenciada pelo boletim de ocorrência, f. 4/5, e pelas demais provas coligidas.

E a autoria também é certa.

A começar pelas firmes e contundentes **declarações da vítima *K.***, ouvida em Juízo por meio de Depoimento Especial.

K. informa que o réu era um amigo de sua família e padrinho de seu irmão, frequentavam a casa dele, pois moravam no mesmo prédio e muitas vezes ficava sob os cuidados deles porque os pais estavam trabalhando.

Segundo descreve a vítima, quando tinha 08 anos, o acusado começou a abraçá-la, jogando o corpo para frente, encostando a genitália nela.

Passado um tempo, passou a apalpá-la e colocava a mão em suas partes íntimas.

A ofendida acrescenta, ainda, que aos 13 anos, o réu colocou o pênis para fora e pediu para que ela colocasse a boca, mas não o fez.

A vítima relata que sempre que tinha oportunidade, o acusado a abraçava, a apalpava e colocava a mão, em algumas oportunidades, por dentro da roupa.

Tinha medo e tentava se desvencilhar, mas ele continuava.

A vítima narra que seus pais descobriram o que acontecia quando tinha 14 anos, pois, sua tia flagrou o réu a apalpando.

Em conversa com a tia, confirmou que ***J.*** a molestava.

K. adiciona que o réu já tentou penetrá-la e tinha o costume de ficar sem roupa. Nessa ocasião, ele se deitou sobre ela na cama e tirou o pênis para fora, contudo, sua esposa bateu na porta, interrompendo a ação.

Contou que o acusado e a esposa compravam muitas coisas para ela e os irmãos, e sentia que o comportamento dele era diferente com ela.

Acesso ao Sumário

Por fim, asseverou que sai pouco de casa e, às vezes, encontra com o acusado no prédio. Tem crise de ansiedade, e tentou suicídio. Teve déficit de atenção e dificuldades na escola e para dormir, e o psiquiatra lhe deu remédio.

Pois bem.

Evidentemente autênticos os relatos, além de corajosos, firmes e absolutamente convincentes.

A dar conta certa da responsabilização, na medida bem adotada pela origem.

E sabe-se que as palavras da vítima para casos como o presente e especialmente nos crimes contra a dignidade sexual têm preponderante importância, notadamente porque nada consta haver de sua parte contra o acusado.

Muito ao reverso, até mesmo porque o acusado é padrinho de seu irmão e era amigo próximo da família, com quem - *como se extrai da prova oral coligida* - a vítima mantinha relacionamento desde tenra idade.

A entender-se diversamente e grassaria a impunidade, porque se sabe quão difícil é a presença de outras pessoas durante o cometimento de delitos desta espécie.

Não pode ser assim, entretanto.

Assim, e não havendo por que duvidar das palavras da vítima, nestas hipóteses, o mínimo a ser feito é aceitá-las, como têm feito a doutrina e jurisprudência.

No sentido do que se coloca, é firme a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> ***"Pela interpretação do regramento disposto no art. 155, caput, conjugada à redação do art. 201, ambos do Código de Processo Penal, é pacífico o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de que nos crimes praticados à clandestinidade, sem a presença de terceiros, mormente no âmbito das relações domésticas ou nos crimes contra a dignidade sexual, as declarações da vítima - como espécie probatória positivada no ordenamento pátrio e permeada pelo sistema do livre convencimento motivado - gozam de destacado valor probatório, notadamente quando evidenciam, com riqueza de detalhes, sem contradições e em confronto com os demais elementos de convicção colhidos e ratificados na fase processual, as circunstâncias em que realizada a empreitada criminosa."*** (...) (AgRg no AREsp 1441535/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 05/06/2019) (g.n.)

Exatamente como aqui.

Não iria acusar inocente sem mais nem menos.

É inconcebível a situação.

Por isso a relevância dos relatos.

Acesso ao Sumário

E é assim, com efeito, como tem também entendido a doutrina penal a respeito (*"Código Penal Interpretado", Júlio Fabbrini Mirabete, Ed. Atlas, ed. 2003, p. 1550*).

Como tem, há muito, firmado a jurisprudência desta mesma C. Corte Máxima de Justiça Estadual a respeito da prova oral na apuração de crimes contra a dignidade sexual:

> *"Nos crimes contra os costumes, de violência carnal, em que a prova de autoria fica reduzida, praticamente, às declarações das vítimas, não devem ser as mesmas infirmadas quando uníssonas e firmes. Têm valor preponderante, superior às do acusado."* (RT 610/335, Rel. Des. Dante Busana).

De sorte que inviável qualquer outra solução, que não a aceitação das palavras das vítimas em casos como o presente.

Daí que, em assim se entendendo, forçoso reconhecer o cometimento dos delitos.

Em forte sentido incriminador, registram-se, também, os importantíssimos relatos das **testemunhas de acusação** ouvidas em Juízo.

De efeito.

K., mãe da vítima, de forma detalhada e coesa (*depoimento judicial gravado em sistema audiovisual, f. 274*), descreve como os fatos lhe foram revelados.

A testemunha esclarece que ao começar a trabalhar, deixou sua filha com a esposa do réu, aduzindo que seus filhos frequentavam muito a casa dele.

A época dos abusos, sua filha passou a ter comportamento estranho e acreditou que era por causa da escola. Ela começou a cortar o próprio cabelo, raspar a sobrancelha, se arranhava.

Certo dia, sua irmã foi à casa do acusado e viu o momento em que ele estava agarrando e esfregando as partes íntimas na criança.

Sua filha, então, contou que tudo começou quando ela tinha oito anos e a situação foi se agravando, conforme ela foi crescendo.

Em certa ocasião anterior perguntou para ***K.*** o que tinha acontecido, pois abriu a porta da casa do réu e o viu no sofá, a filha se afastou, e ele colocou o travesseiro sobre as partes íntimas dele. Perguntou o que estava acontecendo e ambos desconversaram. Foi a partir desse momento que passou a desconfiar.

A testemunha informa que, segundo o relato da vítima para sua irmã. os abusos aconteceram dos 08 aos 13 anos e ele chegou a mostrar as partes íntimas, colocava o dedo na vagina dela, passava a mão nos seios, esfregava as partes íntimas nela, somente não chegou a ter penetração. Disse, ainda, que o acusado falou para ela colocar a boca no pênis dele, mas ela não colocou.

Por sua vez, a testemunha ***L.*** (*f. 58 e SAJ*) tia da vítima, disse que estava na casa do réu e sua sobrinha também. Percebeu que a menina estava demoran-

Acesso ao Sumário

do na sala, foi verificar e se deparou com o acusado agarrando sua sobrinha, passando a mão no corpo dela, nos seios e nas partes íntimas. Ficou desesperada e saiu da casa.

Posteriormente, conversou com a sobrinha e ela contou que desde os 08 anos o acusado a molestava. Ela disse que ele colocava o pênis para fora e fazia ela colocar a mão, a boca, agarrava-a, passava a mão no corpo dela, colocava a mão por dentro da roupa, nos seios e na vagina dela. Ainda, narrou a infante que ele pediu para colocar a boca no pênis dele, mas que não colocou porque teve nojo.

Descreve a testemunha que, conhecia o acusado, pois moravam no mesmo prédio. Ele tinha o costume de, quando abraçava mulheres, passar a barriga dele para frente para tentar encostar as partes íntimas nelas.

A irmã e o cunhado tratavam o acusado e a esposa dele como pais.

A prova oral em desfavor do réu é forte, efetivamente.

Em remate e para além disso tudo, observa-se, ainda, o conteúdo do **estudo elaborado pela equipe técnica** da Comarca de origem, também dá respaldo à condenação do acusado.

Com efeito, consta do ***laudo psicológico*** (*f. 100/102 do apenso nº 1023815-14.2021.8.26.0506*) que *"K. apresenta um discurso coeso e coerente, bem como, reitera os fatos narrados nos Autos. Descreve em uma linha do tempo, quando torna-se consciente de que vivia uma situação de abuso sexual. Detalha sobre o quanto se mostrava confuso para ela os contatos de J., posto que ele lhe fazia acreditar que se tratava de demonstrações de afeto, porém a ameaçava e tinha um ciúmes exagerado."*.

O que só pode levar à certeza do quadro incriminador.

Por outro lado, é de se ressaltar, ainda, que a conclusão pela responsabilização do acusado não é contrariada pela inexistência de vestígios deixados pelos atos libidinosos.

Isto porque a própria natureza dos atos libidinosos descritos na peça inicial, abraços lascivos, passadas de mão, *não deixa marcas ou vestígios*, impedindo sua demonstração por prova pericial.

Há, com efeito, provas robustas em desfavor do réu.

De sorte que inexiste qualquer dúvida de que o acusado praticou os delitos imputados.

De outro turno, a testemunha de defesa ***J.*** nada soube esclarecer sobre os fatos (*SAJ*).

No vazio, porém, as **versões exculpatórias** oferecidas pelo acusado, verdadeiramente fantasiosas e perdidas em si mesmas, quando confrontadas, não apenas em face de sua posição inverossímil, como e principalmente porque improvadas.

J. nega os fatos e alega que a vítima fez a acusação, pois queria um ves-

Acesso ao Sumário

tido no valor de R$ 1000,00 e ele não lhe deu.

Ora.

Nesses termos, aceitar a versão do acusado - *que não encontra respaldo em nenhum elemento colhido na instrução criminal* -, em detrimento das firmes declarações das vítimas e de testemunhas em sentido contrário, que não permitem surgir dúvida alguma quanto à necessária responsabilização do acusado, seria o mesmo que fechar os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e 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, em razão do óbvio manifesto que representam sua irrealidade.

O julgador, então, que é e deve ser homem com bom senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade, como aqui.

Na defesa plena da sociedade e de todos os homens de bem, que querem ver a Polícia e o Judiciário atuando no combate ao crime.

Não há, nem de longe, fragilidade probatória.

A prova, ao reverso, é plena, categórica.

E nada foi feito ou produzido pela defesa do réu, capaz de invalidar ou diminuir a força probante que os autos revelam.

Iniludível, pois, a responsabilização do acusado.

De igual modo está comprovada a ***causa de aumento*** estabelecida no **artigo 226, II, do Código Penal**, tendo em vista que o acusado era amigo próximo da família, e ficava responsável pelos cuidados da vítima e dos seus irmãos, e por isso exercendo autoridade sobre eles, tal como evidenciado pela prova testemunhal.

Inviável, ainda, afastar a ***continuidade delitiva***, porquanto as provas carreadas aos autos demonstram que o acusado, de forma reiterada, praticou atos libidinosos com a vítima, ao longo dos anos de 2013 até 2019.

Condenação, portanto, por ***estupro de vulnerável qualificado***, em continuidade delitiva, inevitável.

Quantum satis.

Apenamento criterioso, impassível de alterações.

Base fixada em 1/6 **acima** mínimo legal, em ***9 anos e 4 meses de reclusão***, diante das consequências gravosas do crime.

Com razão o d. Juízo de origem, ao fixar a base ***acima do mínimo patamar legal***, ante as **consequências do crime.**

Fugir disto é negar equidade.

E, ao contrário do que sustenta a Defesa, a majoração da pena-base é perfeitamente válida, em atenção ao comando imposto pelo art. 59 do Cód. Pe-

Acesso ao Sumário

nal, que determina a análise de várias circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base.

Daí que perfeitamente razoável a interpretação feita pelo d. Juízo de origem, ao valorar negativamente as *consequências do crime*, pois a vítima desenvolveu posteriormente quadro de ansiedade, insônia, déficit de atenção, baixo rendimento escolar e assumiu tentativa de suicídio, além do narrado pela genitora da ofendida de episódios de automutilação - *circunstâncias que efetivamente impedem a fixação da pena-base no mínimo legal, como pleiteiam os recursos defensivos*.

De mais a mais, não se verifica nenhum exagero ou desproporcionalidade na fração adotada pelo d. Juízo de origem, motivo pelo qual a pena-base não comporta qualquer alteração.

Ademais, vale dizer.

Muito se tem feito e conseguido, nesta C. Câmara, para se prestigiar e referendar o critério do julgador de origem, quanto ao apenamento.

Primeiro porque objetivamente envolvido no caso com a presidência do processo, com direto contato com os acusados e com a sua personalidade e, por isso, com maior e muito mais preciso sentir e direcionamento voltados para a realidade do caso concreto.

Depois que, obedecido este parâmetro e não fugindo ele de uma conceituação genérica, prudente e ponderada, exatamente como aqui, não haverá por que se alterar os critérios norteadores da fixação da reprimenda.

Quer-se dizer, em síntese, que, havendo razoabilidade de critérios de formação da pena e obedecidos aqueles constantes do artigo 59 do Código Penal, não há como mudar o dimensionamento adotado.

Como aqui.

Daí que a base permanece estabelecida como procedeu a origem.

Na segunda fase, presente a atenuante do artigo 65, I, do Código Penal, pois o réu possui mais de 70 anos de idade quando desta sentença, a pena retornou ao piso legal de 08 anos de reclusão.

À terceira fase do apenamento, majoração em ***metade***, em razão do reconhecimento da causa especial de aumento prevista pelo **artigo 226, II do Código Penal**.

Por fim, tendo em vista a multiplicidade de delitos da mesma espécie, e em observância às circunstâncias elencadas pelo parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, foi aplicada a pena de um só deles, aumentada ***de 2/3***, alcançando, assim, o patamar de ***20 anos de reclusão.***

O apenamento é escorreito e não existe qualquer motivo para a redução das reprimendas impostas pelo d. Juízo sentenciante, daí porque elas devem ser mantidas.

Finalmente, quanto ao regime inicial, outro não poderia ser que não o **fe-**

Acesso ao Sumário

chado, o único compatível com hediondez do delito, consoante à legislação de regência (Lei nº 8.072/1990), com alteração promovida pela Lei nº 12.015/2009, e à quantidade de pena privativa de liberdade aplicada (art. 33, § 2º, a, do Código Penal).

Nada se altera, portanto.

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0005784-74.2015.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CRISTIANO LUIS PIANTELA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.064)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 9 de novembro de 2023.

CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, Relator

Ementa: Apelação da Defesa – Tribunal do Júri – Homicídio qualificado – Motivo torpe e recurso que dificultou a defesa da vítima – Preliminares – Nulidade por cerceamento da defesa – Alegações de omissão e demora do Estado na realização de perícia da arma branca (faca) que resultou em laudo inconclusivo, de impossibilidade de exibição do instrumento do crime em Plenário e de indeferimento de adiamento da audiência para oitiva de testemunha arrolada pela Defesa – Inadmissibilidade – Questões apreciadas e rechaçadas de forma fundamentada em diversas oportunidades ao longo da instrução criminal – Inexistência de prejuízo ao réu – Preliminares rejeitadas – Mérito – Decisão manifestamente contrária à prova dos autos – Inocorrência – Acolhida a tese acusatória de que o réu golpeou a vítima com um golpe de faca no peito – Réu apresentou versões distintas nas oportunidades em que foi ouvido – Consistentes depoimentos

Acesso ao Sumário

das testemunhas em consonância com os laudos periciais produzidos ao longo da instrução – Qualificadoras bem demonstradas – Motivo torpe e emprego de meio que dificultou a defesa da vítima em harmonia com os elementos de prova – Pena-base acertadamente fixada acima do patamar mínimo, utilizando-se a segunda qualificadora a título de circunstância judicial desfavorável – Inexistentes outras circunstâncias modificadoras da pena – Regime fechado adequado à quantidade de pena imposta – Rejeitada a matéria preliminar, recurso de apelação improvido.

VOTO

Vistos.

CRISTIANO LUIS PIANTELA foi condenado a cumprir a pena de 14 anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, por infração ao disposto nos artigos 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal.

Inconformado o réu apela, postulando como preliminares a anulação do julgamento por cerceamento de defesa e por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, sob o argumento de omissão e demora do Estado quanto à realização de exame pericial na arma do crime (faca), que resultou em laudo inconclusivo e impossibilitou atestar a autoria do delito, além do indeferimento de adiamento da sessão plenária do júri para a oitiva de testemunha de defesa Leonardo Domingues de Araújo, imprescindível à elucidação dos fatos, insurgindo-se, ainda, quanto à não exibição em Plenário da arma utilizada no crime, o que prejudicou a Defesa.

No mérito busca a realização de novo julgamento, por entender que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos; diante da inexistência de provas de que o réu concorreu para o crime; alternativamente pretende o afastamento das qualificadoras.

Recurso bem processado e respondido em contrarrazões.

A Procuradoria de Justiça opinou pela rejeição das preliminares e, no mérito pelo desprovimento do apelo.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Defesa apresentou **OPOSIÇÃO** a essa forma de julgamento, haja vista o interesse da Defesa do réu em realizar sustentação oral (fl. 2368).

É o relatório.

De proêmio, não assiste razão à Defesa quanto à alegação de nulidade

Acesso ao Sumário

processual ante a omissão e a demora do Estado quanto à realização de exame pericial na arma do crime (faca) e que resultou em "laudo inconclusivo", não ocorrendo qualquer prejuízo à Defesa, até mesmo porque os laudos periciais (fls. 2007/2011 e 2061/2065) não imputaram a autoria do delito ao réu, de modo que a decisão dos jurados se baseou no conjunto probatório amealhado durante toda a investigação e instrução criminal.

Não fosse o bastante, os referidos laudos foram juntados aos autos antes da sessão plenária e o tema relacionado à perícia da arma branca foi exaustivamente debatido e decidido em diversas oportunidades ao longo da instrução, inclusive o douto magistrado consignou que "todas as diligências foram realizadas, com inúmeras reiterações de ofícios até que o laudo aportou aos autos" (fl. 2021), autorizando, ainda, a realização de laudo complementar para resposta aos quesitos da combativa Defesa (fls. 2047/2048).

De outra parte, não há que se falar em cerceamento de defesa durante a realização do Plenário diante do indeferimento do pedido de adiamento do júri pela ausência de testemunha arrolada pela Defesa (Leonardo Domingues de Araújo), eis que ela não foi arrolada em caráter de imprescindibilidade e sequer estava presente no momento dos fatos, o que se depreende das próprias mensagens do réu via aplicativo "Whatsapp" (fl. 2082), de modo que a sua oitiva em nada contribuiria para esclarecer a dinâmica do crime.

Cumpre salientar que a referida nulidade foi bem afastada pelo MM. Juiz nos seguintes termos: *"Conforme se verifica do arrolamento de fls. 1.540-1.547, não foram as testemunhas indicadas com cláusula de imprescindibilidade, não se presumindo tal situação, notadamente porque o art. 461 do CPP dispõe expressamente "declarando não prescindir", o que denota uma conduta ativa para tal caracterização. A par disso, depois da juntada da certidão de fl. 2.155 a defesa se manifestou por três vezes, fazendo alegações outras, porém nada dispôs acerca da não intimação (o que poderia ter feito, apesar de não ter sido intimada especificamente a tanto). Não fosse tudo isso, à fl. 1.233 a sentença de pronúncia indica que a testemunha Leonardo (única da terra e que, portanto, poderia adiar o julgamento se arrolada em caráter de imprescindibilidade) nada soube dizer sobre os fatos, o que afasta qualquer alegação de prejuízo futura"* (fl. 2266).

Por fim, não houve qualquer prejuízo à Defesa pelo fato de o instrumento do crime (faca) não ter sido disponibilizado para exibição em Plenário, com a nota de que as fotografias dos diversos laudos periciais juntados aos autos foram suficientes a suprir tal demanda, não demonstrando a Defesa no que consistiria o alegado prejuízo ao réu.

Aliás, a questão foi rechaçada de forma fundamentada pelo magistrado de primeiro grau: *"A despeito do pleito da defesa em relação à arma do crime, em virtude de pedido anterior também da defesa, o objeto foi retirado do cartório*

Acesso ao Sumário

para realização de novo laudo, não tendo ainda retornado. No mais, os laudos foram devidamente juntados, havendo fotografias da faca, não havendo se falar em prejuízo pela ausência do plenário, notadamente porque objeto comum de conhecimento de todos, não havendo outra coisa a se fazer a não ser a exibição, que, nesse contexto, é desnecessária" (fls. 2266/2267).

Rejeitadas as preliminares, passo à análise da questão de fundo.

Consta da denúncia que no dia 13 de dezembro de 2015, por volta das 08 horas, na Rua Joaquim Antunes n. 852, apartamento 32B, Pinheiros, cidade de São Paulo, CRISTIANO LUIS PIANTELLA, agindo com ânimo homicida, e mediante motivo torpe e recurso que dificultou a defesa da vítima, efetuou golpe de arma branca (faca) contra Renan Tubero Martins, causando-lhe ferimentos que foram a causa de sua morte.

Segundo o apurado, a vítima e o acusado eram amigos e, à época dos fatos o réu, vindo do interior de São Paulo, estava hospedado na casa do ofendido. Consta que ambos saíram para uma casa noturna e de volta à residência, pela manhã, eles passaram a discutir, ocasião em que o réu desferiu um golpe de faca contra Renan, por acreditar que ele mantinha relacionamento amoroso com o ex-namorado dele, dando causa à sua morte.

Interrogado na fase extrajudicial, o réu admitiu os fatos, afirmando que na data dos fatos, ao retornar de uma festa, sozinho, entrou no apartamento do ofendido, onde estava hospedado durante o final de semana, e com a chegada da vítima ambos passaram a discutir em razão de ela ter saído com o namorado do declarante. Alegou ainda que a vítima o empurrou, ocasião em que ele se muniu de uma faca e a golpeou no peito, e que tentou reanimar o ofendido, mas sem sucesso e também não conseguiu retirar a faca do seu corpo, chamando ao local a testemunha Bernardo que não teve qualquer participação no delito.

Ocorre que interrogado em Juízo, o acusado modificou a sua versão e negou a acusação, alegando que ao sair do banho encontrou a vítima caída no chão e ferida, oportunidade em que tentou socorrê-la. Afirmou que foi agredido, humilhado e ameaçado pelos policiais militares e pelo escrivão, os quais não acreditaram nele e tentaram lhe imputar a autoria do delito. Disse que não teve qualquer desentendimento com a vítima, nem ouviu qualquer ruído suspeito no apartamento.

Entretanto, a testemunha protegida "Alfa" esclareceu que residia no apartamento em questão, dividindo-o com o seu irmão e com a vítima, e que na data dos fatos chegou do trabalho por volta das 02 horas da madrugada, quando encostou a porta do quarto e dormiu, esclarecendo ainda que estava sozinho no imóvel. Disse ainda que pela manhã foi acordado pelo réu, informando que o ofendido estava caído no chão com uma faca cravada no peito. Disse por fim que o acusado dormiria no local naquela noite e que o imóvel era frequentado por amigos da vítima.

Acesso ao Sumário

A seu turno, a policial militar Elaine Araújo da Silva Leandro deu conta de que foi solicitada para atender a uma ocorrência de vítima falecida em um apartamento e que no local estavam dois amigos do ofendido, de sorte que um estava em estado de choque e declarou que estava dormindo, enquanto o réu, que estava tranquilo, disse que ao sair do banho encontrou a vítima caída na sala sem vida e acionou a polícia.

Consta ainda do relato desta policial que uma vez na delegacia, o acusado apresentou outra versão acerca dos fatos, mas a declarante não se recordou de detalhes, mencionando apenas que ele admitiu que tinha brigado com a vítima durante a noite. Esclareceu também que não havia sinais de arrombamento no imóvel e que as imagens de câmeras de monitoramento do edifício foram preservadas.

De seu lado, Marcela Tubero de Camargo, irmã da vítima, declarou que o ofendido estava morando em São Paulo e que os amigos dele "Leo" e "Cris" passariam o final de semana em sua casa. Disse que na data dos fatos recebeu uma mensagem do réu por "Facebook", dizendo que precisava falar com ela com urgência, de modo que ela o contatou por telefone e ele informou que a vítima havia sido esfaqueada e falecido, sendo necessário o comparecimento de um parente ao distrito policial. Disse ainda que encontrou o réu e Bernardo no distrito policial, oportunidade em que este último estava desesperado e disse que morava com a vítima.

Esta testemunha afirmou ainda que um policial se aproximou dela e disse que o acusado havia confessado a autoria do delito, apresentando diferentes versões acerca do ocorrido.

Por sua vez, a testemunha Vania Korman deu conta de que acompanhou a irmã da vítima à delegacia de polícia, oportunidade em que encontraram o réu e Bernardo, constatando que este último chorava muito, enquanto o acusado afirmou que não tinha visto ninguém entrar no apartamento, mas que ele, ao sair do banheiro, havia encontrado o ofendido caído no chão. Confirmou que um policial comentou que o caso estava praticamente solucionado e que o réu havia sido o autor do homicídio, esclarecendo que ele apresentou diferentes versões sobre o ocorrido.

Outrossim, a testemunha Maria de Fátima Evangelista Almeida afirmou que trabalhava na portaria do prédio onde residiam a vítima e a "testemunha protegida Alfa", e que na manhã da data dos fatos o ofendido saiu e lhe disse que seus amigos "Cristiano" e "Leonardo" estavam autorizados a ingressar em seu apartamento. Disse que pouco depois o acusado chegou ao local, e cerca de 10 minutos depois a vítima retornou.

Ainda de acordo com o relato desta testemunha, pouco mais tarde o réu interfonou para a portaria, dizendo que o amigo tinha sido esfaqueado, de sorte que acionaram o síndico, a polícia e o resgate. Esclareceu que o elevador ficou

Acesso ao Sumário

parado no mesmo andar desde o retorno da vítima e que não haveria a possibilidade de outra pessoa ter acessado o andar, eis que a entrada de terceiros se dava por meio de autorização por escrito e havia câmeras de segurança na portaria e no "hall" de entrada do prédio.

Por sua vez, Cristiano Assis Ribeiro, amigo do réu, disse que conhecia a vítima e que ambos eram pessoas tranquilas e não tinham inimigos. Confirmou que o ex-namorado do acusado, de nome "Diego", também conhecia a vítima e chegaram a ter um relacionamento amoroso.

Por fim, Diego de Souza alegou que namorou com o réu por cerca de cinco anos e terminaram o relacionamento em 2011, negando ter tido qualquer relação amorosa com a vítima. Disse que na data dos fatos estava em Ribeirão Preto e soube da morte do ofendido por amigos em comum, e que ouviu comentários de que o réu teria sido o autor do delito, e ele apenas lhe disse que ao sair do banho encontrou a vítima ferida no chão.

A Defesa argumenta com a causa de anulação prevista no artigo 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal, porém, a meu ver, não há contrariedade na solução do julgamento em Plenário e nas provas dos autos.

A materialidade do delito ficou bem comprovada, pois o laudo necroscópico foi suficiente a demonstrar que a vítima faleceu em razão de "anemia aguda por lesão pérfuro-cortante cardíaca" – "lesão na altura do terceiro espaço intercostal esquerdo, com aproximadamente 14 milímetros de extensão" – provocada por "ação de instrumento pérfuro-contundente" (fls. 394/397), ao passo que o laudo do exame pericial realizado no local do delito deixou certo que a vítima foi encontrada sem vida, caída no chão do apartamento onde morava, com uma faca cravada no peito, e que "não se evidenciou a presença de focos de disputa ou contenção em outros sítios dentro do apartamento" (fls. 1060/1073).

Observo, portanto, que o conjunto probatório é consistente e possibilitou que os integrantes do Conselho de Sentença optassem por uma das versões apresentadas, no caso, a versão acusatória, e esta conta com arrimo nos depoimentos das testemunhas e nas demais provas apresentadas.

Cumpre destacar que o acusado apresentou versões distintas nas oportunidades em que foi ouvido, negando em Juízo a sua confissão extrajudicial, sob o argumento de que sofreu violência, humilhação e tortura policial naquela oportunidade, alegação que não foi respaldada sequer por indícios, e foi alegada muito tempo após os fatos, com a nítida intenção de afastar a sua responsabilidade criminal, lembrando que o laudo de exame de corpo de delito realizado no dia seguinte aos fatos foi conclusivo no sentido inexistência de lesão no réu (fls. 386/387).

Não se perca de vista ainda que segundo os relatos da funcionária do edifício onde residia o ofendido, não houve a entrada de terceiros no apartamento, e que logo após a chegada da vítima no local o réu interfonou, dizendo que ela

Acesso ao Sumário

havia sido esfaqueada, oportunidade em que se encontravam no apartamento apenas eles e o outro morador, Bernardo, que dormia em seu quarto naquele momento.

A corroborar tal versão, que se coaduna também com a confissão do réu na fase de investigação, há filmagens das câmeras de monitoramento do prédio que permitiram elucidar a dinâmica de entrada e saída da vítima e do réu no apartamento no dia dos fatos (fls. 166/320).

Conforme destacou o representante do Ministério Público em sede de contrarrazões de apelação: *"As filmagens das câmeras de monitoramento constantes nos autos, deram conta que no dia dos fatos, Renan, Leonardo e Cristian retornando de um "amigo secreto", chegaram no edifício, bem como no apartamento da vítima por volta das 01h30/01h31min (fls. 172/205), sendo que por volta das 01h35min/01h36min saíra do local rumo à uma "balada", onde ingeriram álcool e consumira entorpecentes (fls. 389). As imagens de fls. 237/256, por sua vez, revelam que por volta das 06h35min/06h36min, Renan retorna à sua residência antes de todos porque tinha que trabalhar. Às fls. 257/262, consta que 07h24min/07h25min, Renan deixa o local rumo ao local onde trabalhava como "Chef de Cozinha" porque iria fazer um almoço. Por volta das 07h30min, Cristiano volta da "balada" (fls. 273/284), manda mensagem para Renan (fls. 1542), que retorna ao apartamento às 07h47min/07h48min (fls. 273/297), ocorrendo logo em seguida o seu assassinato, tendo a Polícia Militar chegou ao local por volta das 08h07min (fls. 298)"* (fl. 2354).

Portanto, não havendo sinais de arrombamento ou da presença de outras pessoas estranhas na residência da vítima, restou isolada do conjunto probatório a versão exculpatória do acusado apresentada em Plenário, no sentido de que ao sair do banho encontrou a vítima caída no chão da sala do apartamento com uma faca cravada no peito.

De outra parte, foram bem reconhecidas as qualificadoras previstas no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal pelos jurados, de modo que ficam mantidas por não se apresentarem manifestamente inapropriadas, já que há fortes indícios nos autos de que o apelante agiu por motivo torpe, por acreditar que a vítima tivesse se relacionado amorosamente com o seu ex-namorado, conforme a versão apresentada pelo réu na fase inquisitorial, e mediante recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima, tendo em vista que ela foi surpreendida por um golpe de faca quando havia acabado de retornar à sua residência.

Não seria demais afirmar que a apelação contra decisões do Júri apenas será possível nos casos expressamente previstos na lei processual penal, a fim de se evitar a violação ao princípio da soberania dos vereditos, e deste modo o Tribunal composto por Juízes Togados está impedido de rever, no mérito, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença (LIMA, Renato Brasileiro de in Manual de

Acesso ao Sumário

Processo Penal, 4ª edição, 2015, páginas 1312 e seguintes).

Deste modo, ocorrendo provas suficientes à condenação do acusado, a irresignação da Defesa é insuficiente a ensejar a anulação do Júri.

> *"Apelação - Júri – Homicídio Qualificado - Anulação do julgamento por ser contrário às provas dos autos - Inadmissibilidade - Ausência de provas comprovando a responsabilidade criminal do acusado - Cabe ao Conselho de Sentença, cuja decisão é soberana, a avaliação das provas e opção por uma das versões apresentadas - Versão eleita pelo Júri Popular com amplo respaldo probatório. Decisão mantida – Recurso improvido."* (TJ-SP; Apelação nº 9211314-25.2008.8.26.0000; Relator(a): Salles Abreu; Comarca: Santa Isabel; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 26/01/2010; Data de registro: 11/02/2010; Outros números: 1186809330000000).

A pena-base foi acertadamente fixada em 1/6 acima do mínimo legal, em 14 anos de reclusão, utilizando-se a qualificadora relativa ao motivo torpe como circunstância judicial desfavorável.

Inexistentes outras circunstâncias modificadoras, a pena tornou-se definitiva tal qual fixada na primeira etapa da dosimetria.

O regime prisional fechado fica mantido, em razão da quantidade de pena imposta, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal.

ASSIM, PELO MEU VOTO, REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1506338-93.2022.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante A. C. L., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a matéria preliminar e, quanto ao mérito, deram parcial provimento ao apelo, apenas para reduzir o valor da reparação de dano fixado para cada vítima R$ 50.000 (cinquenta mil reais), mantida, quanto ao mais, a r. sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.139)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente), RACHID VAZ DE ALMEIDA e NELSON FONSECA JÚNIOR.

São Paulo, 16 de novembro de 2023.

NUEVO CAMPOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE - SETE VÍTIMAS - PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO - MÉRITO - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - PENAS ADEQUADAS - REGIME PRISIONAL FECHADO MOTIVADO - CABÍVEL REDUÇÃO DO VALOR FIXADO PARA REPARAÇÃO DO DANO - PRELIMINAR REJEITADA E APELO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso interposto por **A. C. L.** contra a r. decisão de fls. 526/547, que julgou procedente a inicial e condenou-o como incurso, por sete vezes, em concurso material, no art. 215, combinado como art. 226, II, e com o art. 71, ambos do Cód. Penal, a 52 (cinquenta e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime prisional fechado.

O apelante foi condenado, ainda, com fundamento no art. 387, IV, do Cód. de Proc. Penal, ao pagamento de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), à cada vítima, à título de reparação de dano.

A r. sentença recorrida, proferida nos autos do Proc. 1506338-93.2022.8.26.0114, refere-se também aos cinco processos que estão em apenso: 1506348-40.2022.8.26.0114; 1506347-55.2022.8.26.0114; 1506346-70.2022.8.26.0114; 1506668-90.2022.8.26.0114 e 1506349-25.2022.8.26.0114.

Pugna, preliminarmente, pelo pronunciamento de nulidade processual por cerceamento de defesa, por ofensa ao princípio da imparcialidade do juiz; em razão da falta de exame de corpo de delito; pelo indeferimento da oitiva de testemunha arrolada pela defesa extemporaneamente; por violação ao direito de silêncio do réu em seu interrogatório.

Sustenta, a propósito, que o indeferimento de inúmeras perguntas formuladas pela defesa foi indevido e sem motivação idônea; que a realização de exame de corpo de delito era imprescindível para comprovação dos "danos morais e abalo psíquicos" das vítimas; que a oitiva da testemunha "M. H." arrolada pela defesa era necessária; que embora a defesa tenha informado que o acusado responderia apenas as perguntas da defesa, o magistrado insistiu e o fez responder às suas perguntas.

Busca, quanto ao mérito, em suma, a absolvição, sob o fundamento da insuficiência probatória ou da atipicidade da conduta do réu, e, subsidiariamente, a redução das penas.

Aduz, a propósito, que as supostas vítimas tinham plena consciência de que os atos sexuais praticados não tinham qualquer conotação espiritual ou terapêutica.

Pede o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão, pois o

Acesso ao Sumário

réu admitiu a prática da conjunção carnal, a redução do aumento operado em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis e diante da continuidade delitiva.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 629/635), manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pelo improvimento do apelo (fls. 645/660).

É, em síntese, o relatório.

A matéria preliminar não comporta acolhimento.

Importa anotar, de início, que as nulidades suscitas em sede de apelação não foram arguidas no momento oportuno, qual seja, em alegações finais, razão pela qual, nos termos do art. 571, II, do Cód. de Proc. Penal, a questão foi atingida pela preclusão (fls. 495/525).

Não é demais anotar, de qualquer forma, que não se demonstrou qualquer circunstância que pudesse revelar parcialidade do D. Julgador de primeiro grau de jurisdição.

O indeferimento das perguntas formuladas pela defesa às testemunhas, porque evidentemente impertinentes, era de rigor, nos termos do art. 212, e do art. 400, § 1º, ambos do Cód. de Proc. Penal.

O indeferimento da oitiva da testemunha "M. H.", arrolada pela defesa extemporaneamente, durante a audiência de instrução e julgamento, foi devido, na medida em que a defesa sequer justificou a necessidade de tal oitiva ou demonstrou qualquer prejuízo decorrente do indeferimento (fl. 447).

Insta consignar, ademais, que, a teor do art. 563, do Cód. de Proc. Penal, o pronunciamento de nulidade tem como pressuposto a demonstração de prejuízo para a parte, o que não se demonstrou e não se vislumbra no caso em tela.

No mais, a matéria preliminar confunde-se com o mérito e com este será analisada.

Quanto ao mérito, o apelo procede em parte, apenas para redução do valor fixado para reparação de dano.

A r. sentença, que apreciou com critério a prova e bem decidiu o presente processo, quanto à procedência da inicial, não merece qualquer reparo.

O recorrente foi condenado, como incurso, por sete vezes, em concurso material, no art. 215, *caput*, combinado com o art. 226, II, ambos do Cód. Penal, porque:

1) no período entre junho de 2016 a 12 de dezembro de 2021, na rua (...), (...), no denominado Instituto (...), Comarca de Campinas, e também em uma chácara denominada (...), no município de (...), manteve conjunção carnal e praticou atos libidinosos com T.B.S., sobre quem tinha autoridade, mediante fraude e emprego de meios que impediram e dificultaram a livre manifestação de vontade da vítima (Proc. 1506338-93.2022.8.26.0114).

2) no período entre 25 de março de 2021 a 30 de novembro de 2021, na rua (...), (...), no denominado Instituto (...), Comarca de Campinas, manteve conjunção carnal e praticou atos libidinosos com C.C.V., sobre quem tinha au-

Acesso ao Sumário

toridade, mediante fraude e emprego de meios que impediram e dificultaram a livre manifestação de vontade da vítima (Proc. 1506348-40.2022.8.26.0114).

3) no período entre o ano de 2018 a dezembro de 2021, na rua (...), (...), no denominado Instituto (...), Comarca de Campinas, manteve conjunção carnal e praticou atos libidinosos com G.B.R.A.P., sobre quem tinha autoridade, mediante fraude e emprego de meios que impediram e dificultaram a livre manifestação de vontade da vítima (Proc. 1506346-70.2022.8.26.0114).

4) no período entre o ano de 2018 a dezembro de 2021, na rua (...), (...), no denominado Instituto (...), Comarca de Campinas, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com A.D.B., sobre quem tinha autoridade, mediante fraude e emprego de meios que impediram e dificultaram a livre manifestação de vontade da vítima (Proc. 1506668-90.2022.8.26.0114).

5) no período entre o ano de 2018 a junho de 2019, na rua (...), (...), no denominado Instituto (...), Comarca de Campinas, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com M.G.P., mediante fraude e emprego de meios que impediram e dificultaram a livre manifestação de vontade da vítima (Proc. 1506347-55.2022.8.26.0114).

5.1) entre os meses de dezembro de 2020 e janeiro e fevereiro de 2021, e, depois, de julho a agosto de 2021, na rua (...), (...), no denominado Instituto (...), Comarca de Campinas, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com M.D., mediante fraude e emprego de meios que impediram e dificultaram a livre manifestação de vontade da vítima (Proc. 1506347-55.2022.8.26.0114).

6) no período entre final de 2019 a novembro de 2021, na rua (...), (...), no denominado Instituto (...), Comarca de Campinas, praticou atos libidinosos com L.C.P.N., sobre quem tinha autoridade, mediante fraude e emprego de meios que impediram e dificultaram a livre manifestação de vontade da vítima (Proc. 1506349-25.2022.8.26.0114.

O réu e sua esposa, M. C. B. L., criaram o espaço denominado (...), também conhecido como "*Instituto ...*", em que eram oferecidas terapias.

O réu fazia uso de termos religiosos ou relacionados a energias e cura ("Guru Ascensionado", "Raio Amarelo", "Rei Artur", "Confúcio", "Mestre do Raio Amarelo da Fraternidade Branca", "Assessor de Santo Agostinho" e até reencarnação de Jesus).

O objetivo era angariar clientes e as ludibriar, na medida em que nelas eram incutido temor reverencial, mediante utilização de velas, imagens e salas com rituais satanistas ou demoníacos, de forma a temer consequência espiritual mortífera.

As vítimas eram induzidas a acreditar que seus problemas, quaisquer fossem, tinham causa sexual, razão pela qual se fazia necessária a intervenção do réu.

As vítimas, então, realizavam sessões de terapia com o réu, pagando R$

Acesso ao Sumário

150,00 (cento e cinquenta reais) por sessão, que, a pretexto de realizar tratamento, praticava com elas atos libidinosos diversos da conjunção carnal e com algumas delas também a conjunção carnal.

Descreve a denúncia, ainda, que o réu, *"frequentemente empregava xingamentos, humilhação, chantagem emocional, que aumentavam gradualmente conforme o passar do tempo do suposto tratamento, no intuito de fragilizar o estado emocional e psicológico das vítimas, minar a sua autoestima e confundir a percepção da realidade. Os xingamentos se davam durante as sessões e cursos, quando as insultava algumas delas de várias maneiras, chamando-as de "bosta", "mimadas", "evangélicas", "travadas". Humilhava-as dizendo que não seriam capazes de evoluir se não fizessem o que ele lhes propunha, distocia a realidade (gaslighting), afirmando que precisavam se libertar dos véus, tabus da sociedade, que as prendiam em suas ações, chantageava-as emocionalmente, induzindo-as a crer que elas ou seus familiares seriam amaldiçoados e iriam morrer de alguma doença, se não tratassem o fogo, seriam uma presa para as trevas e suas vidas não iriam para a frente, em todos os aspectos. Isolava-as do convívio social, fazendo com que se afastarem de familiares, para que não eles não conseguissem identificar a violência a que estavam submetidas. Manipulava-as, expulsava clientes que não concordavam com seus métodos, difamando-os perante o grupo, fazendo com que as vítimas remanescentes temessem ser também banidas; além disso, as manipulava aconselhando-as a não manterem relação sexual fora da "clínica", único local em que isto seria sagrado, enquanto que lá fora seria "mundano". Controlava as ações de suas vidas, perquirindo sobre todos os aspectos, inclusive financeiros, fazendo com que as vítimas desenvolvessem completa dependência dele para tomada de decisões."*

Nesse sentido, é a coesa e insuspeita prova oral da acusação, constituída pelas harmônicas declarações das vítimas L. (fls. 8/9, apenso, Proc. 1506349-25.2022, e 407/408), M. (fls. 19/20, apenso, Proc. 1506347-55.2022 e 407/408), T. (fls. 6/7 e 407/408), G. (fls. 5/7, apenso, Proc. 1506346-70.2022, e 407/408), A. (fls. 47/48, apenso, Proc. 1506668-90.2022, e 407/408), C. (fls. 16/17, apenso, Proc. 1506348-40.2022. e 407/408) e M. (fls. 141, apenso, Proc. 1506347-55.2022, e 407/408, corroboradas pelos depoimentos das testemunhas M. O. de O. (fls. 51/54 e 407/408), C. S. Q. (fls. 44/47 e 407/408), L. S. A. G. (fls. 407/408), G. P. S. (fls. 48/50 e 407/408), R. A. dos S. (fls. 407/408) e do policial civil Ricardo Lemos Rachman (fls. 407/408).

Acesso ao Sumário

Insta consignar, a propósito, que os crimes de natureza sexual, em regra, ocorrem na clandestinidade, razão pela qual o relato da vítima assume preponderante importância, por ser a principal, quando não, a única prova de que se dispõe e que deve prevalecer quando possuir razoável ressonância nos autos, como no caso em tela.

Os relatos sustentados pelas ofendidas ao longo da persecução penal, pelo

que verte da análise dos autos, além de coerentes e consistentes, encontram seguro apoio nos autos.

As sete vítimas, ao longo da persecução penal, descreveram, em síntese, que o acusado se passava por "líder", "guia espiritual", "guru", "pessoa com poderes sobrenaturais", cujas ações de cunho libidinosos eram praticadas a pretexto de buscar a "cura espiritual" das ofendidas, versão que é corroborada pela prova oral da acusação.

Nada há a infirmar a prova oral da acusação ou a indicar que as vítimas ou testemunhas tivessem qualquer motivo para, indevidamente, prejudicar o réu.

O recorrente, na fase extrajudicial, permaneceu em silêncio (fls. 135/137).

Na fase judicial, em suma, negou qualquer relacionamento de cunho libidinoso com as vítimas M., L., A. e M.. Quanto às ofendidas T., G. e C., o réu admitiu a prática de conjunção carnal e de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, mas alegou que as relações ocorreram de forma consentida e sem qualquer fraude (fls. 407/408).

No entanto, a versão exculpatória apresentada pelo réu, porque afastada, com segurança, pelo conjunto probatório, não merece acolhimento.

A materialidade delitiva, nos termos do art. 167, do Cód. de Proc. Penal, está demonstrada pela prova oral.

A ausência de prova pericial, em razão de tempo decorrido e da robustez da prova oral, não importa em comprometimento do reconhecimento da materialidade delitiva.

Como se vê, a condenação do réu, nos moldes em que se deu em primeiro grau de jurisdição era de rigor.

A prova oral, como já anotado, demonstrou, com segurança, que o réu praticou conjunção carnal e atos diversos da conjunção carnal com as vítimas mediante fraude e, também, tinha autoridade sobre as vítimas.

Não é demais transcrever, a esse respeito, a fundamentação da r. sentença recorrida:

"Tenho, pois, que demonstrada de forma cabal as práticas delitivas atribuídas ao réu, que as levou a efeito não apenas mediante fraude, que é elemento do tipo penal que lhe é atribuído, mas valendo-se da fragilidade das vítimas que, como ficou patente, o procuraram porque o conheciam ou tinham referências a seu respeito e, crédulas, passando por momentos delicados em suas vidas, buscaram ajuda. Ele, que se intitulava terapeuta holístico, seja lá o que isso signifique, sem ter qualquer qualificação ou escrúpulo, sem ética, empatia ou solidariedade humana, valendo-se da ascendência e autoridade que exercia sobre elas, mediante fraude, pois ele se revelou um farsante travestido de terapeuta, manteve com elas, reiteradamente, conjunção carnal e atos libidinosos impedindo ou dificultando sua livre manifestação de vontade" (fls. 543/544).

No que concerne à dosimetria penal, a r. sentença recorrida não merece

Acesso ao Sumário

reparo.

A pena-base, em relação ao crime praticado contra cada vítima, foi motivadamente exasperada em 1 (um) ano, tendo em vista, como bem considerado na r. sentença recorrida, *"a intensa culpabilidade com que se houve o réu, sua personalidade distorcida, as circunstâncias, a motivação e principalmente as consequências que o delito infligiram a elas, que dificilmente superarão os trauma experimentado"* (fl. 546).

A pena-base, portanto, foi fixada em 3 (três) anos de reclusão.

Inviável o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão em razão do réu ter admitido a prática de conjunção carnal com algumas das vítimas, na medida em que negou que tal tenha ocorrido mediante fraude.

Operou-se, a seguir, a majoração de metade, com fulcro no art. 226, II, do Cód. de Proc. Penal.

Assim, na segunda fase da dosimetria penal, a pena importou em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

O reconhecimento da continuidade delitiva, no tocante ao crime de violação sexual mediante fraude em relação a cada uma das vítimas, apresenta-se como adequado, pois o acusado incidiu, de forma continuada, nos crimes em tela.

A majoração máxima operada em relação à continuidade delitiva, ou seja, 2/3 (dois terços), apresenta-se como adequada, dada a quantidade de crimes.

Portanto, para cada crime de violação sexual mediante fraude, a pena resultou em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

O reconhecimento do concurso material entre os sete crimes, por se tratarem de crimes cometidos com desígnios autônomos e contra vítimas distintas, também era de rigor.

As penas dos sete crimes em concurso material resultaram, assim, em 52 (cinquenta e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

O regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o inicial fechado, apresenta-se como compatível com a natureza dos crimes e com o *quantum* da pena aplicada, assim como com as circunstâncias do caso em tela, que lhe conferem contornos de gravidade diferenciada.

Acesso ao Sumário

Quanto à condenação à reparação de danos, impõe-se a redução para R$ 50.000 (cinquenta mil reais) para cada vítima, pois não há elementos nos autos para sustentar o valor fixado, mas, de qualquer forma, não se pode desconsiderar o fato de que o acusado possuía dois locais estruturados onde desenvolveu as práticas ilícitas.

Tais agressões psicológicas causaram graves consequências ao estado emocional das ofendidas, que passaram a duvidar de sua capacidade de julgamento dos atos que eram evidentemente libidinosos.

Como bem anotado na r. sentença recorrida, as vítimas manifestaram, em

razão dos abusos sofridos, sentimentos de confusão, medo, decepção e algumas necessitaram fazer uso de medicação para controle de ansiedade e depressão, que, à evidência, importou em providências na área da saúde.

Face ao exposto, meu voto rejeita a matéria preliminar e, quanto ao mérito, dá parcial provimento ao apelo, apenas para reduzir o valor da reparação de dano fixado para cada vítima R$ 50.000 (cinquenta mil reais), mantida, quanto ao mais, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1505956-57.2021.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que são apelantes ELAINE CRISTINA LEITE CUNHA e JOSE MAURICIO MORETTI PINTO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.332)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA (Presidente), SÉRGIO RIBAS e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 22 de novembro de 2023.

LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUALIFICADA - RECURSO DA DEFESA – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE - Não há que se falar em ausência de dolo quando o conjunto probatório se revelou uníssono em demonstrar a materialidade e a autoria do delito. Dolo evidenciado. Condenação mantida. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Elaine Cristina Leite Cunha e José Mauricio Moretti Pinto interpuseram recurso de Apelação da r. sentença datada de 29.05.2023, proferida pelo MMº Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Itapetininga, que os condenou à pena de 01 ano e 04 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao

Acesso ao Sumário

pagamento de 13 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e substituiu as penas privativas de liberdade pela restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, e pena pecuniária de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por incursos no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal (fls. 487/495).

Em suas razões, a Defesa requereu, em preliminar, o reconhecimento da nulidade do processo, em virtude do arquivamento anterior por atipicidade da conduta, ensejando a preclusão material; bem como porque o desarquivamento dos autos foi feito sem prova nova; ademais, pugnou pelo reconhecimento da nulidade da sentença, por violação do princípio da correlação entre a acusação e a sentença. No mérito, pleiteou a absolvição, alegando, em síntese, a atipicidade da conduta, por ausência de dolo (fls. 516/550).

Já o Ministério Público, por sua vez, pugnou pelo não acolhimento da preliminar e, no mérito, pelo não provimento do recurso (fls. 554/559).

Por sua vez, o assistente de acusação pediu o não provimento do apelo (fls. 566/577).

Nesta instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça opinou, também, pelo não provimento do apelo (fls. 587/599).

É o relatório.

Inicialmente, anoto que a decisão que acolheu o requerimento ministerial e determinou o arquivamento do inquérito policial em momento anterior, sem prejuízo de novas diligências, nos termos do disposto no artigo 18 do Código de Processo Penal, não impede que seja realizado o desarquivamento e realização de investigações frente à juntada de novas provas nos autos, sendo que não há que se falar em preclusão a esse respeito.

De fato, a decisão que determinou o arquivamento do feito não fez coisa julgada, revelando apenas que, naquele momento, não havia elementos de convicção suficientes a embasar o ajuizamento da ação penal.

Assim, posteriormente, considerando que foram juntadas pelos ofendidos conversas mantidas entre o representante da imobiliária e a vendedora do imóvel, que revelavam que ela não havia solicitado quantia a título de caução, tampouco determinado a retenção dos valores pelos réus, realmente era necessária a realização de novas diligências para apurar os fatos.

Frise-se que, quando foi feito o pedido de promoção de arquivamento pelo *Parquet*, não havia nos autos as conversas da testemunha Nura Bichara, proprietária do imóvel, o que constituiu uma prova nova e foi determinante para revelar que os fatos não configuravam mero ilícito civil e que os acusados possuíam o dolo de se apropriar do valor referente à caução.

E, como observou o Ministério Público, em suas contrarrazões, *"com base nos novos documentos acostados aos autos a fls. 88/95, ou seja, com base em prova nova, o Ministério Público requereu o desarquivamento dos autos e,*

Acesso ao Sumário

após recusa por parte dos apelantes em formalizar acordo de não persecução penal, foi ofertada denúncia, haja vista que os novos elementos de convicção trazidos aos autos davam pleno suporte ao desencadeamento da persecução penal em juízo, tendo entendido o Parquet pela configuração, em tese, de crime" (fls. 555).

Consigne-se, ainda, que, embora o MMº Juiz tenha rejeitado a denúncia em um primeiro momento (fls. 225/226), esta C. 8ª Câmara Criminal, por V. U., deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito nº 1505956-57.2021.8.26.0269, interposto pelo Ministério Público, para cassar a decisão de primeiro grau e receber a denúncia (fls. 265/271), tendo sido determinado o prosseguimento do feito, não havendo o que se falar em nulidade.

Igualmente, verifico que a sentença condenatória foi prolatada em consonância com o artigo 383 do Código de Processo Penal, guardando perfeita correlação com os termos da denúncia, que, de forma clara, narra que os réus, previamente ajustado em desígnios, obtiveram de forma indevida R$ 40.000,00 das vítimas, a título de caução em promessa de venda de imóvel, a qual não foi solicitada pela proprietária do bem, quantia essa de que tinha a posse ou a detenção em função da profissão como administradora e corretor da imobiliária "Imóveis Conecta".

De fato, consta da peça inicial que *"Segundo o apurado, as vítimas procuraram a Imobiliária Conecta, de propriedade da denunciada ELAINE para realizar a compra e venda de um imóvel pertencente a Nura Bichara. Então, toda a negociação referente à compra e venda do imóvel foi intermediada pelo corretor JOSÉ MAURÍCIO.*

No transcorrer das negociações, os denunciados intermediaram a celebração de contrato de promessa de compra e venda entre a proprietária do imóvel Nura e as vítimas (cf. contrato de fls. 19/23).

Assim, sem que Nura tivesse qualquer conhecimento, os denunciados induziram e mantiveram em erro os ofendidos, oportunidade em que solicitaram o pagamento do valor de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) como caução do negócio.

Ludibriadas, acreditando na lisura do procedimento e sem qualquer conhecimento da fraude, as vítimas efetuaram o pagamento do valor (cf. fls. 24).

Todavia, a negociação não evoluiu. Diante disso, as vítimas mantiveram inúmeros contatos com os denunciados solicitando a devolução do valor pago como caução, porém, a quantia não foi devolvida.

Assim, a denunciada ELAINE, na qualidade de sócia administradora da imobiliária "Imóveis Conecta", e o denunciado JOSÉ MAURICIO, na qualidade de corretor da referida imobiliária, previamente ajustados e com unidade de desígnios, induziram e mantiveram em erro as vítimas ao solicitarem os valores como caução do negócio, sem que a proprietária do imóvel sequer tivesse co-

Acesso ao Sumário

nhecimento, demonstrando-se, portanto, que a quantia solicitada e paga não se tratava de uma antecipação.

O artifício empregado pelos denunciados consistiu em celebrar promessa de venda de imóvel mediante apresentação de caução não solicitada pela proprietária do bem, obtendo, desta forma, a vantagem ilícita de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) em prejuízo das vítimas." (fls. 222/224).

Aliás, bem salientou o Juízo *a quo: "Assim, caracterizada a apropriação indevida dos valores das vítimas e não estelionato, anotando-se que a questão está devidamente explicitada na denúncia.*

Ficou perfeitamente caracterizado nos autos que os réus apropriaram do valor, e passaram a agir como donos dos valores depositados pelas vítimas, demonstrando vontade inequívoca de não querer devolver o valor que detém, contrariando os termos do recibo de fls. 24.

Assim verifica-se que a conduta ilícita praticada pelos réus não se enquadra no tipo penal do crime de estelionato, mas sim na moldura do delito de apropriação indébita, impondo-se a desclassificação, repisando que a obtenção do dinheiro não se deu através de nenhum engodo, e foi obtida na condição de corretor (JOSÉ MAURICIO) e proprietária (ELAINE) da empresa que atuava no ramo da compra e venda de imóveis. Somente depois, quando os réus deixaram de devolver o valor do sinal negociado, restou configurado o dolo, o que caracteriza o crime de apropriação indébita, e não o delito de estelionato, posto que restou plenamente caracterizado que os deixaram de devolver às vítimas o valor apurado para garantia da venda, fato este amplamente comprovado nos autos.

Dessa forma, impõe-se a desclassificação para enquadrar a conduta dos réus na rubrica do artigo 168, caput, do Código Penal.

A causa de aumento de pena do parág 1º inciso III resta evidente e será considerada no momento adequado." (fls. 492/493 dos autos originais).

Assim, ainda que o sentenciante tenha expressado a nova capitulação legal na sentença, isso não comprometeu a ampla defesa dos acusados porque eles se defendem dos fatos narrados na denúncia, e não da classificação jurídica dela constante, sendo certo que, *in casu*, da simples leitura da inicial e da sentença extrai-se claramente que o Juízo *a quo*, ao realizar nova classificação jurídica, não reconheceu fatos não constantes da denúncia, razão pela qual realmente não havia necessidade da observância do artigo 384 do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, salienta-se que *"em nosso sistema processual penal, o réu defende-se da imputação fática, e não da imputatio iuris, sendo, portanto, possível que o magistrado dê nova definição jurídica ao fato narrado na denúncia"* (AgRg no REsp 915.517/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2011).

A esse respeito: *"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OPERA-*

Acesso ao Sumário

ÇAO DIAMANTE. LAVAGEM DE DINHEIRO. LEI N.º 9.613/98. NULIDADE DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. ***MUTATIO LIBELLI NÃO CONFIGURADA. MERA EMENDATIO LIBELLI*** *DESNECESSIDADE DE PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES. ORDEM DENEGADA. 1- O princípio da correlação entre a peça vestibular e a sentença é um dos pilares do nosso processo penal, entretanto, tal princípio deve coexistir com o da livre dicção do direito, jura novit curia, isto é, o juiz conhece o direito, é ele quem cuida do direito, expresso na regra narra mihi factum dabo tibi jus (narra-me o fato e te darei o direito). 2-* ***Se o fato criminoso está descrito na denúncia, ainda que não tenha ali sido capitulado, pode o Juiz por ele condenar o acusado****, posto que a defesa é contra os fatos e não contra a capitulação do delito. 3- A emendatio libelli é procedida de ofício, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, sem qualquer formalidade prévia. 4- Ordem denegada."* (HC 47.838/GO, 6ª Turma, Rel. Ministra JANE SILVA, Desembargadora Convocada do TJ/MG, DJU de 14/04/2008).

Diante disso e não se constatando a ocorrência de qualquer prejuízo ao apelante - hipótese única que autorizaria a decretação de nulidade (art. 563 do Código de Processo Penal) -, ficam refutadas as preliminares.

Passo ao mérito.

Os ora apelantes foram denunciados como incursos no artigo 171, "caput", na forma do artigo 29, ambos do Código Penal, porque, no dia 06.08.2021, em horário incerto, no escritório da "Imobiliária Conecta", localizado na Rua José Gomes de Camargo, nº 330, Jardim Marabá, na cidade e Comarca de Itapetininga, previamente ajustados e com unidade de desígnios entre eles, induzindo em erro os ofendidos mediante artifício consistente na promessa de venda de imóvel mediante apresentação de caução não solicitada pela proprietária do bem, obtiveram, para eles, vantagem indevida no valor de R$ 40.000,00, em prejuízo de Deusdeth Pereira e Patricia dos Santos Pereira (fls. 222/224).

Após regular instrução, sobreveio a sentença que os condenou como incursos no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal.

Em que pesem as alegações da Defesa, o recurso não pode ser provido, uma vez que, analisando-se o conjunto probatório, verifica-se que ele foi avaliado com propriedade pelo MMº. Juiz de Direito sentenciante.

Com efeito, indiscutível a materialidade do delito, em face do boletim de ocorrência (fls. 04/05), dos documentos de fls. 19/26 e 84/96, bem como da prova oral.

Da mesma forma, comprovada ficou a autoria.

Interrogada em Juízo, a ré Elaine negou a prática do delito, alegando, em síntese, que como a testemunha Nura, dona do imóvel, não quis receber a caminhonete e o valor em sua conta por uma questão contábil, o ofendido Deusdeth quis dar um sinal para segurar o negócio. Sustentou que não houve mudança

Acesso ao Sumário

no contrato para constar a caução, pois a testemunha Nura não quis receber o dinheiro em sua conta, já que a contabilidade dela não iria aceitar. Afirmou que os jurídicos das partes envolvidas pediram para tirar alguns trechos do contrato, inclusive os prazos. Declarou que o dinheiro foi depositado na conta da imobiliária "Conecta" e há um recibo no nome da imobiliária. Mencionou que a imobiliária disponibiliza o dinheiro para devolução, contudo, as partes não compareceram para realizar o distrato do contrato, visto que existe uma multa contratual. Questionada pelo Promotor de Justiça sobre o fato de que o contrato prevê a multa e não menciona a caução, disse apenas que a vendedora não queria receber a quantia na conta dela. Acrescentou que a testemunha Nura fez uma ligação para o corréu José Maurício dizendo que a imobiliária poderia receber a caução, mas que não podia ser colocada no nome dela (fls. 454/455 - gravação audiovisual).

Igualmente, o réu José Mauricio, interrogado em Juízo, negou a imputação. Afirmou que é gerente de vendas na imobiliária, sendo que todos os outros corretores se reportam a ele. Alegou que o ofendido Deusdeth chegou ao escritório tentando adquirir a propriedade em questão, ofertando um carro e R$ 70.000,00. Sustentou que a proposta foi encaminhada à proprietária Nura, a qual recusou receber o automóvel, dizendo que preferia receber tudo em dinheiro, mas que não poderia receber a quantia em sua conta, por questões tributárias. Mencionou que, ao saber da recusa da proprietária, a vítima Deusdeth se revoltou e quis dar um sinal para ter preferência na compra do imóvel. Declarou que, com total autorização da testemunha Nura, acordaram um sinal, no valor de R$ 40.000,00. Frisou que a cláusula da caução foi colocada no contrato, mas que a advogada de Nura solicitou que ela fosse retirada, pois a proprietária não poderia receber a caução em sua conta. Explicou que o dinheiro foi recebido na conta da imobiliária e que ele está disponível para devolução, contudo, as partes não compareceram para realizar o distrato do contrato. Salientou que ainda não devolveram a quantia porque o contrato está em aberto e não sabem para quem devolver. Disse que a autorização da proprietária Nura foi feita por telefone, em "viva-voz", com a presença do ofendido na mesa. Alegou que não tem poder para decidir nada pelas partes e apenas intermediava as negociações, bem como que as propostas e contrapropostas sempre eram levadas ao conhecimento do vendedor e do comprador. Sustentou que o ofendido queria dar R$ 70.000,00 de sinal e, por prudência, a imobiliária o aconselhou a pagar apenas R$ 40.000,00. Questionado pelo MMº Juiz de que consta no recibo da caução de o valor da caução seria devolvido ao comprador caso a transação não se concretizasse, afirmou apenas que o negócio não foi desfeito até hoje (fls. 454/455 - gravação audiovisual).

Tais negativas, contudo, foram frontalmente contrariadas pelos demais elementos de provas trazidos aos autos.

Acesso ao Sumário

Em depoimento bastante seguro, a vítima Deusdeth Pereira esclareceu que morava vizinho a um terreno que estava à venda pela imobiliária "Conecta", tendo ido até a administração da empresa para realizar a negociação da propriedade. Narrou que explicou ao réu José Mauricio que precisaria primeiro vender um imóvel em São Paulo, ao que o corretor disse que não teria problema, pois possuía parceiros que poderiam vendê-lo. Relatou que ofereceu uma caminhonete a título de entrada, como uma garantia do negócio, a ser abatido do valor final. Segundo Deusdeth, após alguns dias, a proprietária Nura manifestou que não tinha interesse em receber o veículo. Asseverou que, diante da negativa, o réu José Maurício afirmou que a proprietária aceitaria o negócio dando como garantia o valor de R$ 40.000,00, quantia que pegou emprestada da Caixa Econômica Federal, tendo transferido o dinheiro à imobiliária. Informou que, posteriormente, ocorreu uma reunião na imobiliária para verificarem a possibilidade de financiamento do imóvel pela Caixa para a aquisição, mas as condições eram fora da realidade e não tinha condições de pagar. Mencionou que a ré Elaine agendou uma reunião com um representante do Bradesco para realizar o financiamento, contudo, as simulações também eram inacessíveis. Afirmou que, em outubro de 2021, o acusado José Mauricio pediu para que entrasse em contato com "Danilo" do Bradesco, o qual revelou que havia sido pressionado e coagido a realizar um financiamento, oportunidade em que ficou assustado. Salientou que contatou a proprietária Nura e pediu a devolução dos R$ 40.000,00, ocasião em que ela respondeu que sequer sabia do pagamento do referido valor e que isso era um "rolo" da imobiliária com ele, deixando o ainda mais apavorado. Contou que o apelante José Mauricio não quis devolver a quantia pelas vias normais e foi preciso contratar um advogado. Declarou que representou os acusados no CRESCI, os quais foram condenados, assim como a imobiliária. Aduziu que, durante a negociação, foi lavrado um contrato de compromisso de compra e venda, o qual tratava também da venda do imóvel de São Paulo, entretanto, os réus não se interessaram em vender sua casa e queriam forçar o financiamento. Frisou que só contatou a proprietária Nura depois de esgotadas as possibilidades de solução com a imobiliária. Acrescentou que as tratativas de compra e venda foram feitas com o réu José Mauricio, mas que a ré Elaine foi responsável por intermediar a negociação do financiamento com o Bradesco (fls. 454/455 - gravação audiovisual).

No mesmo sentido foi o depoimento da vítima Patricia dos Santos Pereira, esposa do ofendido Deusdeth, a qual relatou que se interessaram pelo terreno e entraram em contato com a imobiliária, tendo frisado ao réu José Mauricio que a negociação dependia da venda de seu apartamento em São Paulo, ocasião em que ficou acordado que a imobiliária faria um anúncio na internet desse imóvel. Segundo Patricia, seu esposo ofereceu um veículo, oferta que não foi aceita pela proprietária. Narrou que o acusado José Mauricio explicou que a pro-

Acesso ao Sumário

prietária aceitaria uma caução de R$ 40.000,00, tendo seu esposo realizado um empréstimo na Caixa Econômica para conseguir a quantia. Disse que perceberam terem sido "enrolados" e contrataram um advogado, sendo que em todas as oportunidades o apelante José Mauricio falava que deveriam contatar o jurídico deles. Mencionou que também conversou com a ré Elaine durante as tratativas negociais. Frisou que a proprietária Nura os informou que sequer sabia do sinal, porque ela não havia pedido valor nenhum, bem como que, por ela, o negócio já havia sido cancelado (fls. 454/455 - gravação audiovisual).

Cumpre salientar, nesse passo, que o relato das vítimas tem relevante valor probatório, mormente quando seguro, coeso e isento de outros elementos que o desacredite, como no caso dos autos.

Nesse sentido: *"A palavra da vítima representa a viga mestra da estrutura probatória, e a sua acusação firme e segura, em consonância com as demais provas, autoriza a condenação"* (TJDF, AP. 10.389, DJU 15.05.90, p. 9859).

Consigne-se, ainda, que, no caso em questão, não se vislumbra qualquer razão para que as vítimas procurassem imputar falsamente aos réus um delito que não cometeram.

Em reforço à versão acusatória, a testemunha Nura Bichara salientou que desconhecia totalmente o fato de a imobiliária ter solicitado dinheiro às vítimas. Segundo Nura, ocorreram várias tentativas para formalizar o negócio, oferecendo um veículo ou uma pequena entrada, contudo, não aceitou, pois não queria vínculos sem ter uma negociação segura. Disse que, após algum tempo, foi procurada pelo filho do ofendido Deusdeth, o qual falou sobre a caução, tendo ficado surpresa. Frisou que essa transação ocorreu sem seu conhecimento e consentimento. Contou que colocou o imóvel à venda e assinou um documento de exclusividade por determinado período com a imobiliária, entretanto, não tinha nenhum tipo de vínculo financeiro ou promessa que "amarrasse" o negócio. Esclareceu que a imobiliária e o ofendido realizaram uma negociação entre eles, sendo que a caução não estava prevista em nenhuma cláusula contratual. Asseverou que não recebeu nenhum valor referente aos R$ 40.000,00 depositados pela vítima. Declarou que o ofendido Deusdeth precisava vender um imóvel para ter dinheiro para comprar o seu terreno, de forma que teria que aguardar que ele obtivesse o valor total para comprá-lo de uma vez só, mas que o negócio não estaria vinculado a nenhum tipo de entrada ou caução (fls. 454/455 - gravação audiovisual).

Acesso ao Sumário

Por sua vez, a testemunha Gislaine Leite Cunha, irmã da ré Patrícia, arrolada pela Defesa, ressaltou que, inicialmente, participou da negociação do imóvel da testemunha Nura e presenciou o ofendido Deusdeth oferecendo um carro e mais R$ 70.000,00 para a celebração do negócio, ou dois imóveis em São Paulo. Segundo Gislaine, a proprietária Nura foi chamada à imobiliária e apresentaram a ela as propostas, tendo ela informado que não tinha interesse na

caminhonete e que preferia que fosse depositado o valor integral na conta dela, por causa de questões fiscais. Afirmou que Nura também afirmou que não queria o valor do sinal na conta dela. Relatou que as tratativas posteriores foram feitas com a testemunha Luiz e que não presenciou mais nada (fls. 454/455 - gravação audiovisual).

Por fim, a testemunha Luiz Claudio de Oliveira Silva Junior, corretor de imóveis, arrolada pela Defesa, expôs que intermediou a negociação do imóvel de Nura e que a vítima Deusdeth foi quem ofereceu o carro como parte do pagamento mais R$ 70.000,00, proposta essa que foi repassada à proprietária, a qual declarou que não possuía interesse na caminhonete, pois preferia todo o pagamento em dinheiro. Explicou que o ofendido Deusdeth mencionou que queria dar um sinal para amarrar a negociação. Afirmou que a vítima queria dar R$ 70.000,00, mas a proprietária não quis pegar, por conta da contabilidade dela. Frisou que disseram que o ofendido poderia dar R$ 40.000,00 como caução, e isso foi feito. Descreveu que o negócio não foi concluído porque a vítima não quis fazer o financiamento para pagar o valor integral do imóvel. Sustentou que o valor do sinal não constou do contrato porque a testemunha Nura informou que queria receber o valor integral de uma só vez. Asseverou que a testemunha Nura tinha conhecimento sobre a caução, pois estava junto com o réu José Mauricio na sala quando eles conversaram por viva-voz. Acrescentou que a quantia está numa conta, parada, e não sabem para quem devolver, pois o contrato está em aberto. Aduziu que não sabia que os acusados foram condenados no CRESCI. Por fim, mencionou que tinha conhecimento que no contrato constava que o valor do imóvel era de R$ 630.000,00, mas que constaria apenas R$ 320.000,00, valor venal da escritura, de forma que no cartório declarariam um valor menor (fls. 454/455 - gravação audiovisual).

Cumpre ressaltar que, para o sentenciante, restaram dúvidas se a testemunha Nura tinha ou não ciência da negociação da caução e da quantia que fora depositada na conta da imobiliária, razão pela qual considerou insuficientes os elementos para caracterizar o delito de estelionato.

Por outro lado, inequívoca a intenção dos réus em se apropriar do dinheiro depositado, uma vez que o recibo de pagamento de caução dispõe que a imobiliária "Conecta" recebeu os R$ 40.000,00 dos réus a título de sinal e princípio de pagamento, referente à transação envolvendo o imóvel da testemunha Nura, e explicitou que seria realizada a devolução integral da caução aos compradores se o negócio não se concretizasse: *"Caso a transação não se concretize por motivos descritos no instrumento e assinado entre as partes, os valores pagos a título de sinal e princípio de pagamento caucionados junto a IMOVEIS CONECTA DE ITAPETININGA LTDA, serão devolvidos aos compradores sem nenhuma dedução."* (fls. 24).

Dessa forma, as alegações da Defesa de que o distrato não havia sido

Acesso ao Sumário

realizado e não sabiam para quem devolver os valores não se sustentam, evidenciando a má-fé dos acusados.

Nesse contexto, bem demonstrado ficou que os réus efetivamente se apropriaram dos valores pagos pelos ofendidos, dos quais tinham a posse ou detenção em razão de profissão, invertendo a posse dos mesmos e deixando de restituí-los quando do cancelamento da negociação de compra e venda do imóvel.

Ressalte-se que o dolo dos acusados é inquestionável, porque, quando procurados pelas vítimas, apresentavam respostas evasivas e diziam que deveria ser procurado o jurídico da empresa, evitando a devolução da caução, não havendo qualquer evidência nos autos de que pretendessem restituir os valores aos ofendidos, dispondo da "*res*" como se proprietários fossem.

Bem caracterizado, pois, o crime de apropriação indébita.

A esse respeito: *"Na apropriação indébita o agente recebe a coisa de modo lícito (justa posse), sem clandestinidade, violência ou fraude e, ao depois, "motu próprio" se intitula dono, em seu benefício ou de outrem. Na verdade, o que a lei pune é a desautorizada inversão da posse: o agente cessa de possuir "alieno domine" e passa a se comportar com relação à coisa, como se fora o proprietário"* (TACRIM-SP - AC - Rel. Silva Pinto - JUTACRIM 91/247).

Em face de tão sólido conjunto probatório, que é uníssono em incriminar os réus, impõe-se a condenação, não se podendo acolher a tese absolutória.

A majorante prevista no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, restou comprovada, na medida em que os réus receberam e se apropriaram de dinheiro alheio, em razão do exercício de sua profissão, na condição de corretor e administradora da imobiliária, conforme demonstrado pela prova oral e documental.

Quanto às penas, a sentença não merece reparo, uma vez que, considerando o disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, elas foram aplicadas em 01 ano e 04 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, no valor unitário mínimo, não havendo insurgência das partes a esse respeito.

O regime aberto foi corretamente fixado, com fundamento no artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal.

Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, o MMº Juiz sentenciante substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual prazo, e pena pecuniária de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, o que se mostrou adequado e proporcional à espécie, tanto que não houve irresignação a esse respeito.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo interposto, mantendo integralmente a sentença de primeiro grau.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002691-80.2017.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante LEANDRO SILVA DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.822)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 27 de novembro de 2023.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: EMBRIAGUEZ NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - PENA-BASE - Redução - Impossibilidade - Gravidade acentuada da conduta - Réu que apresentou concentração de álcool no sangue quarenta vezes superior ao limite previsto em lei, vindo a colidir em um poste de iluminação - Maior potencial de perigo
PRESCRIÇÃO - Inocorrência - Lapso temporal que não foi alcançado entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da r. sentença.
SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO - Inadmissibilidade diante da valoração negativa de circunstâncias judiciais.
Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da r. sentença atacada (fls. 263/267), acrescenta-se que **LEANDRO SILVA DOS SANTOS**, por infração aos artigos 306, "caput", da Lei nº 9.503/97, foi condenado às penas de 02 anos e 02 meses de detenção, em regime inicial aberto, além do pagamento de 20 dias-multa, além da suspensão do direito de dirigir por igual prazo ao da reprimenda corporal.

Inconformado apela o acusado (fls. 282/287), pugnando pela redução da pena-base e, com isso, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Acesso ao Sumário

Requer, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

As contrarrazões foram ofertadas com pedido de acolhimento dos pleitos recursais (fls. 293/296), e a Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 310/313).

É o relato do necessário.

Narra a denúncia (fls. 85/87) que, no dia 26 de outubro de 2016, por volta de 00h50min, na Rua Durval Ribeiro de Paulo, Conjunto Habitacional Nova Europa, na cidade de Nova Europa, na comarca de Araraquara, o apelante conduziu veículo automotor, pela referida via pública, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, constatada por sinais indicativos, bem como por estar com concentração de álcool por litro de sangue de 2,4 g/l (dois gramas e quatro decigramas de álcool por litro de sangue), ou seja, superior à permitida por lei.

Segundo consta, o réu consumiu bebida alcóolica e passou a conduzir veículo automotor na via pública, e, em determinado momento, perdeu o controle da direção e colidiu com um poste de iluminação, quando a Polícia foi acionada.

Os policiais militares compareceram ao local do acidente e perceberam que o acusado apresentava sinais visíveis de embriaguez, tais como fala pastosa, dificuldade de equilíbrio, forte odor etílico, recusando-se a realizar o teste de etilômetro.

Conduzido ao distrito policial, concordou em fornecer sangue para a realização do exame de alcoolemia, que constatou seu estado de embriaguez.

Na fase investigativa, o acusado não foi localizado para fornecer sua versão a respeito do cenário fático (fls. 69).

Em Juízo, tornou-se revel (fls. 258) e a prova oral em tudo ratificou os elementos coligidos no inquérito.

De tudo se vê que a prova coligida autorizava a condenação, tanto que não há inconformismo defensivo neste aspecto.

Passo ao reexame da reprimenda fixada.

A básica foi estipulada em 02 anos e 02 meses de detenção, sopesando-se os seguintes fatores: *"1) a intensidade do dolo, pois a dinâmica do crime demonstra que o acusado agiu com evidente sentimento de impunidade; 2) o acusado também quase provocou grave acidente de trânsito ao colidir com o seu veículo num poste de iluminação pública; 3) por fim, anoto que colocou em risco a vida das pessoas que transitavam com seus veículos ao tempo dos fatos na via pública. Assim, fixo a pena-base no patamar de 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de detenção, 20 dias-multa e a suspensão do direito de dirigir pelo mesmo período, pela prática do artigo 306, "caput, do Código de Trânsito Brasileiro."*

Realmente, em que pese a irresignação defensiva, as circunstâncias reve-

Acesso ao Sumário

lam maior potencial de perigo diante da acentuada reprovabilidade da conduta, o que fica ainda mais evidente uma vez constatado que a concentração de álcool no sangue do réu era **quarenta vezes superior ao limite previsto pela legislação**, tanto que ele chegou a colidir com um poste de iluminação, gerindo, assim, perigo concreto com sua conduta.

As circunstâncias, portanto, extrapolam, em muito, as elementares do tipo penal.

Diante da excessiva concentração de álcool por litro de sangue, o *quantum* de aumento revela-se proporcional.

Inexistentes agravantes ou atenuantes e, à míngua de outras circunstâncias modificadoras, a pena ficou definitivamente imposta em 02 anos e 02 meses de detenção, não sendo caso, portanto, de reconhecer a prescrição da punitiva estatal.

Isso porque, uma vez estipulada a pena em patamar superior a 02 anos, aplica-se o prazo prescricional de 08 anos (artigo 109, IV, do Código Penal).

No caso em tela, a denúncia foi recebida em 19/07/2018, tendo permanecido suspenso o feito no período de 07/08/2019 a 22/08/2020. Retomada a marcha processual, a sentença condenatória foi publicada em 04/09/2023, não ultrapassado, portanto, o lapso prescricional.

O regime prisional adotado foi o mais favorável, não obstante as vetoriais negativas autorizassem a adoção de regime mais acerbo, e inclusive serviram para afastar a conversão da reprimenda corporal em penas alternativas, o que está em consonância com a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306, § 1°, INCISO II, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> 1. Na hipótese, as circunstâncias do delito foram consideradas desfavoráveis em razão das particularidades do caso, que desbordam as elementares do tipo penal, não havendo ilegalidade a ser reconhecida quanto ao ponto.
>
> **2. Consoante entendimento deste Tribunal Superior, reconhecida a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, correta a fixação do regime inicial mais gravoso - semiaberto -, bem como a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos dos arts. 33, § 3º, e 44, III, c/c o art. 59, todos do Código Penal.**

Acesso ao Sumário

3. Agravo regimental improvido.
(AgRg no HC 620699/SC, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, j. em 24/11/2020, DJe 27/11/2020) (Grifos da reprodução)
Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501674-67.2022.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante MOACIR MENDES MEDEIROS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso defensivo, mantendo a r. sentença monocrática. Com correção. Expeça-se mandado de prisão, após o trânsito em julgado, atentando-se para o regime prisional fixado semiaberto. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.321)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), GRASSI NETO e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 30 de novembro de 2023.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Estelionato. Recurso defensivo buscando a absolvição por insuficiência probatória ou reconhecimento da atipicidade da conduta por ausência de dolo, afirmando que a divergência contratual objeto destes autos configura mero ilícito civil. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Conjunto probatório robusto, suficiente para sustentar a condenação nos moldes em que proferida. Obtenção de vantagem ilícita devidamente caracterizada nos autos. Alegação de mero ilícito civil afastada. Pena e regime prisional que não comportam modificação. Recurso defensivo não provido. Com correção. Oportunamente, com o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão.

Acesso ao Sumário

VOTO

Pela r. sentença de fls. 298/303, cujo relatório fica adotado, Moacir Mendes Medeiros, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 01 (um) ano e 02

(dois) de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no unitário mínimo, como incurso no artigo 171, *caput*, por duas vezes, na forma do artigo 69, ambos do Código Penal.

Inconformada, apela o sentenciado buscando a absolvição por insuficiência probatória ou reconhecimento da atipicidade da conduta por ausência de dolo, afirmando que a divergência contratual objeto destes autos configura mero ilícito civil (fls. 329/339).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 350/352), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 373/375).

Este é o relatório.

Não obstante o dedicado esforço da culta e combativa Defesa, a condenação do apelante foi bem decretada.

Com efeito, colhe-se dos autos que, no período correspondente ao dia 23 de junho de 2021 até o dia 25 de janeiro de 2022, em horário incerto, na Avenida Faria Lima, nº 126 - Avareí, na cidade e comarca de Jacareí/SP, Moacir Mendes Medeiros obteve, para seu proveito, vantagem ilícita, num montante de, ao menos, R$ 185.000,00, em prejuízo de Marcos Jesus Souza, induzindo-o e o mantendo em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

Segundo apurado, Moacir, com o propósito de ludibriar Marcos para obtenção de vantagens indevidas, apresentou-se como responsável por um terreno situado na quadra "E", no loteamento Jardim Terras da Conceição, nº 26 e pelo apartamento situado na Rua José Jorge Abrahão, nº 70 - Vila Branca, Jacareí/SP.

Induzido a erro, Marcos se interessou pelos bens, sendo realizado negócio jurídico, com ajustamento da quantia de R$ 120.000,00 pelo referido apartamento, que foi trocado por um Fiat Toro Freedom, AT6, cor branca, anos 2019/2020, Renavam 01207307995, placas QUW-8J12 (cf. contrato de fls. 10/13).

Já pelo mencionado terreno, fixado o valor em R$ 75.000,00, foi dado em pagamento um veículo Chevrolet/Spin, cor prata, anos 2015/2016, placas FXS-9260 (cf. contrato de fls. 14/17).

Ocorre que, após transferir os veículos para sua propriedade, Moacir fugiu e não deu mais notícias a Marcos, que não conseguiu realizar a escritura dos imóveis, quando percebeu ter sido vítima de um golpe.

É dos autos que os imóveis haviam sido adquiridos havia pouco tempo de forma fraudulenta pelo acusado, que sequer chegou a pagar por eles.

Depois de realizar outros golpes da mesma natureza (vide processo n° 1501713-64.2022.8.26.0292), Moacir não foi mais encontrado, conforme diligências realizadas pela Polícia Civil (fls. 157/158).

A vítima formalizou representação criminal às fls. 02/04 e 44 (fls. 161-d/163-d).

Acesso ao Sumário

Assim resumidos os fatos, releva notar que o apelante, quando ouvido em Juízo, negou a prática delitiva. Disse que vendeu um terreno e um apartamento para a vítima, aduzindo que possuía procuração para a venda deste imóvel. Alegou que transacionou a venda do apartamento meses depois da venda do terreno, com a transferência da posse do terreno à vítima, a qual se comprometeu a efetuar o pagamento das parcelas relativas ao veículo (mídia).

As provas amealhadas aos autos, contudo, são amplamente desfavoráveis ao apelante.

De fato, tanto a materialidade delitiva como a autoria foram comprovadas pela representação criminal e pelos documentos (fls. 02/21), pelo recibo de quitação (fls. 30), pela informação bancária (fls. 31), pela autorização de transferência (fls. 32), pelo boletim de ocorrência (fls. 33/34), pelo documento do veículo (fls. 35), pelo relatório policial (fls. 157/158), bem como pela prova oral coligida.

Registre-se que o ofendido Marcos Jesus Souza, ouvido sob o crivo do contraditório, esclareceu que efetuou o negócio com o réu depois dele se apresentar como o proprietário do terreno. Explicou que, na ocasião, transferiu o veículo de sua esposa como parte do pagamento, sendo certo que o restante se daria mediante pagamento parcelado através de 12 cheques. Em continuação, também negociou a compra de um apartamento e, de igual maneira, deu um veículo como parte do pagamento, sendo o restante do pagamento parcelado. Confirmou que uma vez firmados os contratos e feitos os pagamentos, ao realizar a escritura do terreno, o acusado fugiu, não sem antes transferir para a propriedade dele os veículos dados em pagamento (mídia).

Ao contrário do que quer fazer crer a combativa Defesa, as palavras da vítima merecem crédito, não sendo preciso citar aqui a torrencial jurisprudência e a lição dos doutrinadores, quanto à validade das palavras da vítima nos crimes patrimoniais, mormente quando, como no caso em tela, inexiste motivo para infundada incriminação a inocente. De fato, não se entrevê nenhuma intenção deliberada, por parte do ofendido, de acusar o apelante leviana e injustamente, de sorte que suas declarações servem como fonte segura de prova. Não bastasse, o relato da vítima encontra substrato probatório na prova documental coligida aos autos.

Acesso ao Sumário

Mas não é só.

A testemunha Antônio Gonçalves Anunciação confirmou a aquisição do veículo Fiat/Toro colocado à venda pelo réu. Disse que o carro estava no nome do ofendido Marcos. O veículo estava financiado, tendo entrado em contato com a vítima para que ela quitasse o financiamento. Como a vítima não quitou o financiamento, o declarante acabou efetuando o pagamento dessa dívida (mídia).

A testemunha Carlos Donizeti Silva asseverou ter comprado o veículo para o acusado em seu nome. Posteriormente, o réu deixou de pagar o finan-

ciamento. Salientou que ainda recebe cobranças devido a esse financiamento (mídia).

A testemunha Stefane Xavier Barbosa Felizardo contou que o acusado se comprometeu a comprar o apartamento, então de propriedade dela, através do pagamento de um sinal e posterior financiamento do imóvel. Afirmou que após o réu renegociá-lo na Caixa Econômica Federal soube que ele o havia vendido para outra pessoa e o alugado para um terceiro. Devido ao não pagamento do financiamento, o imóvel terminou sendo leiloado pela Caixa Econômica Federal (mídia).

Bem se percebe, pois, que se encontram presentes os elementos subjetivos do tipo penal - vale dizer, o dolo, que consiste na vontade de enganar a vítima, dela obtendo vantagem ilícita, em prejuízo alheio, empregando artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, bem como o segundo elemento contido na expressão *"para si ou para outrem"*. Realmente estão presentes, cumulativamente, todos os requisitos necessários para a configuração do crime previsto no art. 171, do Código Penal, a saber: o emprego de fraude, a provocação ou manutenção de erro, a vantagem indevida e, por fim, o prejuízo alheio.

Com efeito, não há como excluir a responsabilidade do apelante pelos fatos descritos na denúncia, uma vez que restou suficientemente demonstrado que o réu agiu com má-fé buscando obter vantagem ilícita, induzindo o ofendido em erro, mediante fraude, não havendo que se falar, portanto, em mero ilícito civil.

Impunha-se, assim, o decreto condenatório, tal como foi lançado, não havendo que se falar em absolvição por insuficiência probatória, tampouco em reconhecimento de atipicidade da conduta.

Nesse sentido, como bem destacado pelo ilustre Procurador de Justiça, *"restou amplamente comprovado que o apelante, por duas vezes, se colocando como proprietário de um terreno e um apartamento, induziu a vítima a erro a fim de que ela transferisse dois veículos para adquiri-los. Ocorre que logo após as transações, a vítima não conseguiu lavrar a escritura de transferência das propriedades imobiliárias porque o apelante as havia acabado de adquirir e não quitado, o que a vítima desconhecia, na medida que aquele estava imbuído do seu propósito ardiloso, e logo após as transações ele simplesmente desapareceu, reforçando a existência do dolo inicial de induzir a vítima em erro a fim de obter a vantagem econômica"* (fls. 374).

A pena foi bem individualizada e não comporta reparo.

Na primeira fase do cálculo, em atenção ao disposto no artigo 59, do Código Penal, a pena-base foi fixada no mínimo legal, ou seja, em 01 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no piso legal.

Na segunda fase, presente a reincidência (autos nº 0778421-66.2009, fls. 120), mantenho a exasperação da pena na fração de 1/6 (um sexto), perfazendo 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, reprimenda

Acesso ao Sumário

que se tornou definitiva ante a ausência de circunstâncias modificadoras.

Fica mantido o regime inicial semiaberto, bem justificado no *decisum*, assim como a vedação da substituição da pena corporal por restritivas de direitos, não somente em razão da reincidência do réu, mas, também, porque os motivos e as circunstâncias do crime não indicam que a concessão de penas substitutivas seja suficiente para reprovação e prevenção do delito, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Por fim, corrijo, *ex officio*, erro material contido no dispositivo do r. *decisum*, para que dele conste que o réu foi condenado por infração ao artigo 171, *caput*, do Código Penal, uma única vez.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso defensivo, mantendo a r. sentença monocrática. Com correção. Expeça-se mandado de prisão, após o trânsito em julgado, atentando-se para o regime prisional fixado - semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1002349-21.2020.8.26.0272, da Comarca de Itapira, em que é apelante/querelado IVORY NICOLAI PIARDI, é apelado/querelante JOSE ANTONIO BARROS MUNHOZ.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo para absolver o querelado do crime de injúria nos termos do artigo 386, inciso VI, c.c. o artigo 140, §1º, ambos do Código Penal, e para desclassificar o crime de calúnia para injúria, aplicando-se a referida excludente, mantendo-se, no mais, a condenação pelo crime de difamação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.751)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente), FERNANDO SIMÃO e FREITAS FILHO.

São Paulo, 29 de novembro de 2023.

MENS DE MELLO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - QUEIXA CRIME - INJÚRIA - querelante que proferiu xingamentos e ofensas gravíssimas contra o grupo político e a família do querelado, inclusive contra a sua mãe - ofensas que foram mais graves que aquelas proferidas pelo querelado - extinção da punibilidade - possibilidade nos termos do artigo 140, § 1º, do Código Penal - querelante que provocou a injúria e querelado que fez retorsão ime-

Acesso ao Sumário

diata.
CRIME DE CALÚNIA - palavras proferidas pelo querelado que não constituem o crime de calúnia, mas injúria - desclassificação que se impõe - aplicação da excludente de punibilidade do crime de injúria.
CRIME DE DIFAMAÇÃO - querelado que imputou ao querelante a prática de fato lesivo à honra - crime comprovado pela confissão do querelado e pela ata notarial do vídeo por ele publicado nas redes sociais - de rigor a condenação.
REPRIMENDA - pena básica fixada no mínimo legal - reprimenda inalterada na segunda fase - castigo acrescido de 1/3 na terceira fase nos termos do artigo 141, incisos III e IV, do Código Penal - regime aberto mantido - readequação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em razão da diminuição do castigo - recurso parcialmente provido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença[1] que ora se adota, acrescenta-se que a Queixa Crime foi julgada procedente para condenar Ivory Nicolai Piardi como incurso no artigo 138, artigo 139 e artigo 140, c.c. o artigo 141, incisos III e IV, todos do Código Penal, ao cumprimento de 01 ano, 01 mês e 10 dias de detenção, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 26 dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da sanção carcerária, e prestação pecuniária de 01 salário mínimo.

O querelado apelou[2] alegando ausência de dolo em ofender a honra do querelante. Por isso pediu a sua absolvição. Subsidiariamente pediu a excludente de punibilidade do artigo 140, § 1º, do Código Penal e a redução da pena imposta.

Apresentadas contrarrazões[3].

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou[4] pelo não provimento ao recurso.

É o relatório.

O querelante apresentou queixa-crime em face do querelado aduzindo que Ivory publicou um vídeo nas redes sociais e que em razão do conteúdo

1 Folhas 360.
2 Folhas 374
3 Folhas 403
4 Folhas 440.

Acesso ao Sumário

veiculado a sua honra *"foi gravemente maculado por IVORY NICOLAI, que proferiu ofensas contra o Querelante mediante dois vídeos por ele gravados e veiculados na internet"*.

Disse que a **injúria** se configurou com a utilização das seguintes expressões: *"esse deputadinho de merda, esse papagaio de pirata, esse barrigudo desgraçado"; "o câncer de Itapira"; "a cidade eliminou esse câncer"; "esse gordo, barrigudo, desgraçado, esse papagaio de pirata"; "nóis acabamo com esse câncer, que chama Barros Munhoz"; "Povo de Itapira, nóis tamo liberto, liberto desse câncer que chama Barros Munhoz"; "naquela porra daquela rádio, que esse deputadinho de merda sustenta"; "Itapira tá liberta desse câncer, esse imbecil"; "aquele filha da puta daquele Barros Munhoz"; "de tão sem vergonha que ele foi na época"; "Não nego vagabundo, vagabundo, que nunca trabalhou na vida, e que viveu de política a vida inteira, inteira, e acha que representa alguma coisa pra Itapira"; "senhor barrigudo, papagaio de pirata, bandido, que o senhor é bandido, Barros Munhoz"; "Um cara que cheirou cocaína a vida inteira, (...) que batia na mulher, que batia na mãe"; "O senhor é só uma chacota, só uma chacota."*

Disse que o crime de **difamação** se deu porque o querelado falou o seguinte: *"Ele fez essa merda aqui, ó, depois de destruir toda a fonte que ele fez na praça* (...) *ele fez um coreto que não servia nem pra galinha cagar em cima."* (...) *"Um cara que fazia o motorista, que eu não vou citar nome, que fazia o motorista ficar mijando em garrafa, dentro do carro, que num podia nem sair pra mijar, e tinha que pegar o senhor mijado e cagado e cheirado, tá, nas festa que o senhor ia."* (verbis).

Disse que o crime de **calúnia** restou configurado em razão da seguinte fala do querelado: *"Aí ele destruiu a placa e veio fazer essa estátua"* (...) *"E o senhor sabe que o senhor tentou comprar o meu tio, o Toninho e o senhor sabe que o senhor tentou comprar o André Siqueira"*.

Diz que ao alegar que o querelante destruiu a placa praticou o crime de dano previsto no artigo 163, inciso III, do Código Penal. Já a expressão "comprar" as referidas pessoas constitui o crime de corrupção ativa.

A existência do vídeo e do seu teor é incontestável, tanto é assim que está inteiramente descrito na ata notarial de folhas 14 e foi admitido pelo querelado.

Ouvido em Juízo o querelado disse que o querelante atacou a sua família, inclusive a sua mãe, tanto em programas de rádio quanto nas redes sociais. Disse que no momento da euforia, após o seu tio ganha a eleição de prefeito em detrimento do grupo político do querelante, agiu sem pensar e proferiu as palavras que estão escritas na ata notarial.

Ouvido como informante, o Prefeito de Itapira Antônio Hélio Nicolai disse ser tio do querelado. Contou que é adversário político do querelante e que este profere agressões verbais e calúnias não só ao prefeito e ao seu grupo po-

Acesso ao Sumário

lítico, como também à sua família, incluindo a sua irmã Silvania que é mãe do querelado. Disse que as agressões feitas pelo querelante se dão pelas redes sociais e programas de rádio e por isso o querelado, após o resultado das eleições que consagrou vitorioso o grupo político ao qual pertence o querelado, este fez um desabafo e proferiu as palavras que estão na ata notarial.

O vereador Luís Hermínio Nicolai também foi ouvido como informante e disse ser tio do querelado e irmão do prefeito, pertencendo ao mesmo grupo político. Disse que o querelante profere inúmeras agressões verbais ao seu grupo político e à sua família, inclusive à mãe do querelante, contra quem preferiu agressões verbais que extrapolam a crítica política.

A testemunha de defesa Benedito Gomes da Costa disse ser amigo do querelante, mas que ele é muito agressivo contra os seus adversários políticos, especialmente contra a família do querelado, inclusive os seus avós. Contou que no dia da eleição o querelante ofendeu a família do querelado, e que nesse mesmo dia o querelado fez o vídeo revidando.

Já a testemunha Noé Massari disse que existe forte desavença política entre as famílias das partes. Disse que após o grupo político do querelante perder as eleições do executivo municipal para o grupo da família do querelado o querelante faz inúmeros xingamentos contra a família do querelado, e que a palavra mais amena que ele utiliza é ladrão. Disse que fazia os ataques utilizando os seus programas semanais de rádio.

Exposta à prova, passo à análise das imputações.

Do crime de injuria.

Conforme consta dos *links* juntos ao processo, o querelante fez inúmeros ataques à honra do grupo político do Prefeito e à sua família. As acusações são graves: *"aquele assalto que eles fizeram lá em Itapira"; "estão podres de ricos pois roubaram a prefeitura de Itapira"; "quadrilha que roubou Itapira durante 08 anos"; "pegam o dinheiro público e põem no bolso"; "esses são ladrões"; "destruíram o serviço de saúde"; "incharam a prefeitura de cupinchas"; "roubaram a prefeitura"; "quadrilha de Itapira não vai voltar"; "livre dessa politicagem sórdida"; "Toninho Belini meteu a mão ao tirar a empresa de ônibus ..."; "um outro Belini enxovalha o sagrado nome da sua família e enxovalha o sagrado nome de nossa terra, participando junto com gente da pior qualidade, bandidos de alto coturno, fugidos, sumidos da polícia, de um escândalo inominável"; Toninho tem uma cabeça literalmente vazia"; " se não sair candidato da marca Toninho Belini (....), dessa quadrilha que tomou conta de Itapira durante 08 anos, essa quadrilha eu repito"; "quando você tem um cara igual o Toninho que quer ser prefeito, desconfie dele"; "não é como o Toninho Belini que pegava propina"*.

É inconteste que as palavras do querelado tem o condão de ofender a honra do querelante, pois o chama de *"deputadinho de merda", "papagaio de*

Acesso ao Sumário

pirata", "barrigudo", "gordo", "desgraçado", "câncer", "imbecil", "filha da puta", "sem vergonha", "vagabundo", "chacota", "cheirado cocaína a vida inteira", "agredido sua própria mãe e esposa".

Nos termos do artigo 140 do Código Penal, configura o referido crime *"Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro".*

Todavia o mesmo dispositivo legal dispõe no seu parágrafo 1º que *"O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria".*

Na análise das declarações de ambas as partes, verifico que as palavras do querelante não são menos reprováveis do que as proferidas pelo querelado. Como se constata o querelante proferiu graves acusações contra a família do querelado, o que ultrapassa a mera divergência política, atacando, inclusive, a mãe do querelado. Ademais, conforme consta do depoimento das testemunhas, no dia da eleição o querelante passou o dia em programas de rádio proferindo ofensas contra a família do querelado, e nesse dia, após o resultado do pleito eleitoral, o querelado proferiu os xingamentos acima referidos.

Assim, tendo em vista que foi o querelante quem primeiro ofendeu o querelado, e que a sua resposta pode caracterizar retorsão imediata ainda que consista em outra injúria, de rigor a aplicação da referida excludente de punibilidade.

Do crime de calúnia.

O querelante diz que o querelado lhe imputou falsamente o cometimento dos crimes de dano e corrupção ativa. Disse o querelado: *"Aí ele destruiu a placa e veio fazer essa estátua"* (...) *"E o senhor sabe que o senhor tentou comprar o meu tio, o Toninho e o senhor sabe que o senhor tentou comprar o André Siqueira".*

Da análise da fala do querelado não se vislumbra a imputação do crime de dano. Como se vê o querelado aduz que o querelante destruiu uma placa em homenagem a um jogador de futebol e no local colocou uma estátua do mesmo jogador. Obviamente o querelante fala da desnecessidade de tal substituição e não que o querelante destruiu a placa para causar dano ao poder público.

Acesso ao Sumário

No tocante ao crime de corrupção ativa, o querelado disse que o querelante tentou "comprar" o seu tio, que é vereador. Ora, a expressão utilizada pelo querelado é abstrata e não deixa claro insinuação de corromper o vereador para que ele faça ou deixe de fazer ato de ofício. Todavia, diante da imputação de fato abstrato, possível a capitulação do delito como injúria.

Portanto, desclassifico a imputação para o crime de injúria, aplicando-se a excludente acima referida.

Do crime de difamação.

O querelante diz que constitui difamação a seguinte expressão utilizada

pelo querelado: *ele fez um coreto que não servia nem pra galinha cagar em cima."* (...) *"Um cara que fazia o motorista, que eu não vou citar nome, que fazia o motorista ficar mijando em garrafa, dentro do carro, que num podia nem sair pra mijar, e tinha que pegar o senhor mijado e cagado e cheirado, tá, nas festa que o senhor ia."* (verbis).

O artigo 139 do Código Penal diz que a difamação se dá com a **imputação de fato** que tenha o condão de ofender a honra da pessoa. A alegação de que o coreto é inservível, ainda que utilize expressão inapropriada - *não servia nem pra galinha cagar em cima* - não tem o condão de ofender a honra da pessoa. Ademais, dizer que a obra de adversário político é inservível não é algo incomum, especialmente na seara eleitoral. Já a alegação de que o querelante obrigava o seu motorista a urinar numa garrafa durante o serviço também não soa agressivo o suficiente para constituir infração penal. Logos tais fatos são atípicos.

Já a alegação de que o motorista o buscava nas festas quando ele estava - *mijado e cagado e cheirado* - constitui difamação, pois atribui ao querelante a prática de fato (cheirar entorpecente) e isso ainda soa como desonroso em nossa sociedade.

Diante disso, de rigor a manutenção da condenação do réu, mas apenas pelo crime de difamação.

Da dosimetria

Na primeira fase a pena foi estabelecida no mínimo legal, isto é, 03 meses de detenção e 10 dias-multa.

Na segunda fase a pena restou inalterada.

Na terceira fase, em razão do crime ter sido praticado através das redes sociais, e contra maior de 60 anos, a pena foi acrescida de 1/3, nos termos do artigo 141, incisos III e IV, do Código Penal. Diante disso o castigo passa a totalizar 04 meses de detenção e 13 dias-multa.

Verifico que a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos. Tendo em vista que o castigo estabelecido na sentença foi reduzido em mais de 2/3 por esta Câmara Julgadora, substituo a pena carcerária por apenas uma pena restritiva de direitos, consistente no pagamento de 01 salário-mínimo, conforme estabelecido na sentença.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso defensivo para absolver o querelado do crime de injúria nos termos do artigo 386, inciso VI, c.c. o artigo 140, §1º, ambos do Código Penal, e para desclassificar o crime de calúnia para injúria, aplicando-se a referida excludente, mantendo-se, no mais, a condenação pelo crime de difamação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501292-03.2021.8.26.0618, da Comarca de Taubaté, em que é apelante LUDGEFFERSON ARTELINO APARECIDO DE JESUS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, corrigindo-se, de ofício, o dispositivo da sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.927)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente) e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 30 de novembro de 2023

NELSON FONSECA JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO, LESÃO CORPORAL GRAVE, EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA - Pedido de anulação do julgamento, apenas no que se refere ao delito de tentativa de homicídio, ao argumento de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos - Impossibilidade - Jurados que optaram por versão comprovada nos autos - Pedidos de redução da pena do delito de lesão corporal grave e fixação do regime inicial aberto - Descabimento - Penas e regime prisional fixados com critério e preservados - Recurso não provido, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação da sentença de fls. 404/409, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal e condenou o réu **Ludgefferson Artelino Aparecido de Jesus** como incurso nas penas dos artigos 121, § 2º, incisos I, IV e VI, e § 2º-A, inciso I, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal; 129, § 1º, inciso I, c.c. o artigo 73, ambos do Código Penal, este em concurso formal com a tentativa de homicídio; 306 da Lei nº 9.503/97 (CTB); e 24-A da Lei nº 11.340/06, na forma do artigo 69 do Código Penal, a cumprir, em regime inicial semiaberto, 05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 09 (nove) meses de detenção, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal.

Inconformado, o réu pleiteia que seja o julgamento pelo Tribunal do Júri anulado por considerar o veredito, que condenou o apelante pelo crime de homicídio tentado qualificado, em relação à vítima Luana Aparecida de Souza Santos, contrário à prova dos autos. Em relação ao delito de lesão corporal grave, cometido contra a vítima Maria Luiza Rodrigues de Aguiar, pleiteou nova dosimetria da reprimenda. Concordou com a condenação relativa aos delitos de embriaguez ao volante e descumprimento de medida protetiva. Por fim, pugnou pela fixação do regime inicial aberto para os delitos de lesão corporal grave, embriaguez ao volante e descumprimento de medida protetiva (fls. 441/454).

O recurso foi recebido (fl. 437) e regularmente contrariado (fls. 447/454).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 466/477).

É o relatório.

Inicialmente, corrijo, de ofício, o dispositivo da sentença para que conste: **"*Do exposto, JULGA-SE PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva para condenar LUDGEFFERSON ARTELINO APARECIDO DE JESUS como incurso no artigo 121, § 2º, IV e VI, e § 2º-A, I, do Código Penal, combinado com as disposições da Lei nº 11.340/06, na forma do artigo 14, II, do Código Penal, e artigo 129, §1º, I, do mesmo diploma legal, c/c o artigo 73, na forma do artigo 70, todos do Código Penal, artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e artigo 24-A da Lei 11.340/06, todos na forma do artigo 69 do Código Penal às penas de:*"**, já que os jurados afastaram a qualificadora do inciso I, do § 2º, do artigo 121, do Código Penal; e desclassificaram a conduta do réu, em relação à vítima Maria Luiza, para o crime de lesão corporal, como se observa da fundamentação da decisão recorrida e também de fls. 422/425 (quesitos e votação).

No mérito, o recurso não procede.

Vale ressaltar que, em matéria de crimes dolosos contra a vida, somente o Tribunal do Júri tem competência para a avaliação do mérito da prova, porquanto é ele o juiz natural da causa, constitucionalmente estabelecido (cf. artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c").

Assim, por aqui, cabe apenas a análise se a decisão dos jurados é arbitrária, destituída de qualquer fundamento na prova amealhada aos autos, o que não se deu, como se verá mais adiante.

Ludgefferson Artelino Aparecido de Jesus foi condenado como incurso nas penas dos artigos 121, § 2º, incisos IV e VI, e § 2º-A, inciso I, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal; 129, § 1º, inciso I, c.c. o artigo 73, ambos do Código Penal, este em concurso formal com a tentativa de homicídio; 306 da Lei nº 9.503/97 (CTB); e 24-A da Lei nº 11.340/06, na forma do artigo 69 do Código Penal, porque, no dia 18/09/2021, por volta de 07h30, na Rua Imaculada Conceição nº 2.007, na cidade e Comarca de Taubaté/SP:

Acesso ao Sumário

1 - tentou matar, mediante atropelamento, Luana Aparecida de Souza Santos, sua ex-companheira, mediante recurso que dificultou a defesa e por razões da condição do sexo feminino, não se consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade;

2 - atropelou Maria Luzia Rodrigues de Aguiar, por erro na execução, causando-lhe lesão corporal de natureza grave (cf. laudo pericial de fls. 96/97);

3 - conduziu veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool;

4 - descumpriu medida protetiva deferida em favor da vítima Luana Aparecida de Souza Santos.

A materialidade dos delitos está comprovada pelo boletim de ocorrência de fls. 11/18, cópia da decisão que deferiu as medidas protetivas e da intimação do acusado de fls. de fls. 19/23, 53/56 e 57/58, laudos de exame de corpo de delito de fls. 94/95 e 96/97, além da prova oral coligida.

A propósito da autoria, a prova coligida nos autos revelou-se idônea a justificar a decisão condenatória dos Jurados, pelo crime de tentativa de homicídio qualificado - ao contrário do que sustenta a defesa.

O acusado, silente na polícia (fl. 08), relatou, nas duas oportunidades em que ouvido em juízo, que no dia dos fatos estava alterado por conta do consumo de bebida alcoólica, já que tinha bebido bastante cerveja e pinga desde o dia anterior. Disse que conduzia seu veículo, quando encontrou sua ex-mulher a caminho do trabalho e lhe ofereceu carona, mas ela se recusou. Ele, então, insistiu e ela percebeu seu estado de embriaguez. Confirmou que, na condução do automóvel, subiu na calçada, passando entre o ponto de ônibus e o coletivo, mas não tinha a intenção atropelar nem ferir sua ex-mulher. Detalhou que todas as pessoas que aguardavam no ponto já haviam entrado no coletivo e, só na delegacia, que soube que havia atropelado uma senhora. Explicou que Luana, sua ex-mulher, colocou a mão sobre o capô do seu carro pedindo para que parasse, mas, naquele momento, não sabia que havia alguém debaixo do veículo, não a ouviu dizendo isso.

Acesso ao Sumário

Prossegue, aduzindo que, depois que Luana saiu da frente do carro, não a viu mais e, então, foi embora. Explicou que, mais adiante, os policiais militares lhe deram ordem de parada, a qual desobedeceu. Afirmou que tinha conhecimento da medida protetiva obtida pela vítima Luana e, mesmo sabendo que não poderia se aproximar dela, assim agiu, "pois queria conversar". Disse que nunca tentou machucá-la, queria apenas lhe dar "um susto", e afiançou que está muito arrependido (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fls. 174/175, registrada e acessada no Sistema e-SAJ por esta Relatoria, bem como a fls. 399/403).

A vítima Luana Aparecida, ouvida sob o crivo do contraditório, contou que estava com sua amiga Nayara, a caminho do trabalho, quando o réu, embriagado, a abordou e falou para ela entrar no carro, mas se recusou. Ela e Nayara

continuaram andando juntas e o réu as seguiu e disse que a atropelaria. De repente, ele arrancou com o carro, e ela e a amiga passaram a andar mais rápido, mas não acreditava que ele pudesse tentar atropelá-la. Resolveu entrar no ônibus, que já estava no ponto no mesmo lado da calçada, mesmo sem dinheiro para a passagem. Ao atravessar a rua, para pegar o ônibus, viu o carro do réu vindo em sua direção. Esclareceu que havia uma fila de pessoas que entravam no coletivo, razão pela qual ela passou pela lateral do ônibus e foi para a frente dele.

Quando olhou para trás, continua ela, viu que o recorrente havia atropelado uma mulher. Posicionou-se junto ao farol dianteiro esquerdo do carro, colocou as mãos sobre o capô e disse que o recorrente mataria a senhora. Não sabe se ele notou que havia atropelado a vítima, mas ele a arrastou por uma certa distância. Afirmou que se jogou embaixo do ônibus e só saiu depois que o apelante foi embora. Esclareceu que ficou 17 (dezessete) anos em um relacionamento com o recorrente, do qual tiveram dois filhos. Decidiu romper o relacionamento, pois o apelante vinha bebendo muito e pediu medida protetiva após um soco que ele lhe desferira (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fls. 174/175, registrada e acessada no Sistema e-SAJ por esta Relatoria, bem a fls. 399/403).

A também vítima Maria Luiza, em pretório, relatou que entrava no ônibus, quando o réu, dirigindo um automóvel, subiu na calçada, a derrubou da porta do ônibus e passou por cima dela, que ficou embaixo do carro. Explicou que *"quebrou"* a clavícula e costela em razão do atropelamento, além de sofrer escoriações em diversas partes do corpo, bem como *"queimaduras nas costas"*, que a dificultam dormir, e ainda tem dificuldade de movimentação do braço e da mão. Detalhou que havia cerca de três ou quatro pessoas no ponto de ônibus, que já tinham entrado no coletivo. Asseverou que o réu deu marcha-a-ré, *"ele foi e voltou"* com ela sob o carro, e depois foi embora. Disse que, segundo ouviu, o réu queria atropelar a esposa dele (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fls. 174/175, registrada e acessada no Sistema e-SAJ por esta Relatoria, bem como a fls. 399/403).

A testemunha Nayara Cristina, amiga de Luana, na fase judicial, relatou que caminhava ao lado dela, com destino ao trabalho, quando o réu, que parecia estar alterado por ingestão de bebida alcoólica, se aproximou oferecendo carona a elas, que se recusaram. Ele as ameaçou de atropelamento e na Rua Taubaté, ele acelerou o veículo "*em cima delas*". Diante disso, Luana decidiu ir ao trabalho de ônibus e, enquanto ela se dirigia ao ponto de ônibus, o réu acelerou o carro para atropelá-la (Luana). Todavia, gritou e Luana correu, conseguindo se posicionar em frente ao coletivo.

No entanto, o acusado subiu na calçada e acabou atropelando uma "*senhorinha*" entre o ponto de ônibus e o ônibus. Discorreu que "*a senhorinha*" (vítima Maria Luiza) ficou embaixo do carro; Luana, então, se posicionou em

Acesso ao Sumário

frente ao carro e com as mãos no capô, pedia para o réu tirar o carro de cima da senhora, mas ele movimentava o veículo para frente e para trás, não parava de acelerar, e, nesse momento, Luana, para não ser atropelada também, se jogou embaixo do ônibus, ocasião em que o réu fugiu do local (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fls. 174/175, registrada e acessada no Sistema e-SAJ por esta Relatoria, bem a fls. 399/403).

O policial Carlos Maciel, ouvido apenas na fase do *judicium accusationis*, mencionou que outra equipe estava no local dos fatos e passou a informação de que o réu se evadiu. Explicou que um popular se aproximou dele e de seu colega de farda, e disse que presenciou os fatos e informou para onde tinha ido o apelante. Foram pelo caminho apontado e localizaram o acusado, que, ao perceber a aproximação policial, empreendeu fuga. Narrou que o perseguiram, deram ordem de parada, mas ele não obedeceu, somente depois ele parou e o abordaram, constatando que ele estava envolvido no acidente, apurando que era uma situação em que o réu, dolosamente, tentou atropelar a ex-companheira.

Afirmou, ademais, que o acusado apresentava sinais claros de embriaguez alcoólica e, indagado a respeito, ele disse que "*tinha feito merda, que iria arcar com as consequências e que a vida dele já estava um pouco complicada*". Esclareceu que foi até o hospital e, em contato com Luana e a senhora que havia sido atropelada, a primeira lhe disse que o réu não aceitava o término do relacionamento e que, inclusive, havia medida protetiva deferida em favor dela (cf. audiência realizada por meio audiovisual a fls. 174/175, registrada e acessada no Sistema e-SAJ por esta Relatoria).

Como bem ressaltou o Ministério Público em suas contrarrazões:

> *"A tese da ausência de animus necandi não encontra respaldo nos autos, ao menos neste momento processual, tendo em vista que a vítima Luana confirmou que momento antes o acusado anunciou que a atropelaria, deixando evidente que sua conduta foi voluntária e consciente.*
>
> *Ainda, conforme relatou Luana, ela chegou a pedir que o apelante parasse e o informou que ele mataria Maria Luiza, que estava embaixo do veículo, mas ele prosseguiu com o ataque fazendo manobras, indo e voltando com o carro. Tal conduta, por óbvio, demonstra o seu dolo de matar a ofendida Luana e, por erro, acabou por ferir a vítima Maria Luiza.*
>
> *Ademais, ainda que por eventualidade, há, no mínimo, a presença do dolo eventual, tendo em vista que o recorrente admitiu que queria "dar um susto" na vítima. Uma pessoa, embriagada, na condução de um veículo automotor que o coloca em velocidade na direção de uma terceira pessoa, por óbvio, assumiu o risco de produzir o resultado, exatamente o que dispõe o artigo 18, I, do Código Penal" (cf. fls. 450/451).*

Como se vê, ao contrário do que argumenta a defesa, a prova testemunhal

Acesso ao Sumário

coligida aos autos trouxe elementos capazes de convencer a propósito da autoria do delito imputado ao réu, não sendo, portanto, arbitrária a decisão condenatória do Conselho de Sentença, que optou por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir, não constituindo contrariedade à prova somente porque o mérito da decisão diverge do interesse do apelante.

O Corpo de Jurados admitiu que o acusado tentou atropelar a vítima Luana Aparecida, produzindo-lhe lesões leves; bem como que, assim agindo, ele deu início a execução de um crime de homicídio, que somente não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, uma vez que a vítima, na primeira investida do réu, conseguiu se desvencilhar, após ser alertada, e, na segunda, se jogou sob o ônibus, para se salvar (cf. 2º e 3º quesitos da primeira série fl. - 422).

E, como se sabe, decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que não tem apoio em prova e que é proferida de maneira diferente do que indicam os elementos colhidos no processo. Vale dizer, não se considera decisão contrária à evidência dos autos a que encontra respaldo em alguns elementos evidenciados pela prova.

Em suma, deve ser mantido o veredicto, em obediência à soberania do Júri, como analisado acima.

As penas foram fixadas com critério e devem ser conservadas.

Para a tentativa de homicídio, considerando a presença de duas qualificadoras, na primeira fase, uma delas (feminicídio) serviu para qualificar o crime, ao passo que a outra (recurso que dificultou a defesa da vítima) foi, acertadamente, usada como circunstância judicial desfavorável, pois, de fato, representou maior gravidade à conduta do agente; justificada, portanto, a exasperação da base em 1/6 (um sexto).

Na etapa intermediária, a reprimenda não sofreu modificações, à míngua de agravantes e/ou atenuantes a serem consideradas. E, na derradeira fase, a pena foi reduzida na fração máxima de 2/3 (dois terços), pela tentativa, pelo fato de a vítima ter sofrido ferimentos de natureza leve, alcançando a pena final do delito contra a vida **04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão**, à falta de outras modificadoras (cf. fls. 406/407).

Não há que se falar, também, em redução da reprimenda estipulada ao delito de lesão corporal grave. A base foi elevada na fração de 1/3 (um terço), diante da circunstância desse outro delito, qual seja, utilizar-se o réu de veículo automotor para perpetrar o crime, o que, como bem explicou o Magistrado *a quo*, representa maior reprovabilidade de sua conduta, em razão da maior possibilidade e probabilidade de lesão ao bem jurídico, restando definitiva em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão (cf. fl. 407).

Entretanto, reconhecido o concurso formal entre este delito e o crime de tentativa de homicídio, com aumento mínimo de 1/6 (um sexto) à pena do crime doloso contra a vida, a pena a ser cumprida será menor do que a fixada, de forma

Acesso ao Sumário

que o apelante, a meu ver, também nesse particular, nada tem a reclamar.

Apenas para que não fique sem registro, observa-se que, para os outros dois delitos, as penas foram fixadas nos mínimos legais e assim permaneceram. Porém, referentemente ao delito de embriaguez ao volante, o réu foi até beneficiado, já que o Magistrado sentenciante não fixou a pena administrativa de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor.

O regime inicial **semiaberto** foi corretamente estabelecido, único cabível ao caso concreto, em razão da extensão da pena corporal aplicada (05 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, e 09 meses de detenção, em conformidade com disposto no artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal); ainda que não se considere a hediondez de um dos crimes perpetrados pelo réu.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, corrigindo-se, apenas, de ofício, o dispositivo da sentença, como retro explicitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0013961-62.2023.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante THIAGO CAMPOS GRECCO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso para restituir dos veículos FORD/Ka SE 1.0, cor branca, placas PZI9C62, e HYUNDAI/HB20, cor preta, placas EFQ4J16, ao requerente, que os detém na condição de fiduciante, mas determinar a apreensão dos direitos aquisitivos derivados do contrato de alienação fiduciária em garantia, com registro da restrição de transferência no órgão competente (via RENAJUD), a fim de que não se frustre a expectativa de garantia. Por outro lado, mantida, outrossim, a ordem de busca e apreensão do veículo VW/Jetta 2.0T, placas FIK7H93, cujo depósito deverá ser decidido após o cumprimento do mandado judicial, bem como os bloqueios judicial de transferência e circulação, até que se demonstre a existência de gravame, quando, então, a medida poderá ser reavaliada pelo Juízo de origem. Oficie-se às instituições financeiras alienantes (proprietários fiduciários), para ciência da presente decisão e, atualização dos cadastros e, sem prejuízo, para que prestem, à origem, informações atualizadas sobre o financiamento de cada um dos três automóveis em questão, conforme requerido pelo d. Procurador de Justiça (fls. 46), cabendo ao juízo de origem, com a resposta, reavaliar as medidas impostas. Providencie-se o bloqueio judicial de transferência de propriedade dos automóveis ora restituídos (FORD/Ka e HYUNDAI/HB20), cujo depósito já foi deferido para o requerente. V.U.", de

Acesso ao Sumário

conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.467)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RENATO GENZANI FILHO (Presidente) e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 1º de dezembro de 2023.

ALEXANDRE ALMEIDA, Relator

Ementa: Pedido de restituição de veículo - Veículos apreendidos para garantir eventual ressarcimento das vítimas - Automóveis gravados com alienação fiduciária por instituições bancárias - Inviabilidade da medida - Aplicação do art. 835, do Código de Processo Civil - Ausência de informações atualizadas sobre um dos objetos apreendidos - Manutenção parcial do sequestro determinado - Recurso provido em parte.

VOTO

Vistos.

THIAGO CAMPOS GRECCO, qualificado nos autos, formulou pedido de restituição de bens apreendidos por ordem do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, para garantia de ressarcimento às vítimas de crimes contra o patrimônio, em apuração nos autos do Processo nº 1501491-56.2022.8.26.0564, onde figura como réu, ***"com sub-rogação nos direitos creditórios aos credores fiduciários dos bens", com "arresto do direito creditório e consequente depósito judicial dos valores das parcelas"*** ou, subsidiariamente, a nomeação do Sr. Luiz Carlos Grecco, como fiel depositário dos bens apreendidos (fls. 10/16).

O pedido foi indeferido pela Magistrada, Dra. Fernanda Alves da Rocha Branco de Oliva Politi, que, então, nomeou o ofendido, Darcy Osmar Scarlassara, como fiel depositário do automóvel FORD/*Ka SE* 1.0, placas PZI 9C62, chassis 9BFZH55L3J8496372, isentando-o das custas de pátio e remoção (fls. 19/21).

Inconformado, apela o requerente, alegando que o automóvel em questão está gravado com alienação fiduciária, e foi apreendido sem demonstração de responsabilidade do acusado pelos crimes de que lhe foram imputados, e sem qualquer prova de que tenha intenção de frustrar a pretensão indenizatória das vítimas, somente porque o requerente apresentava pouco saldo em sua conta bancária (R$ 130,54).

Por essa razão, observando que a medida é desproporcional, afronta o direito de propriedade e a presunção de inocência, bem como os princípios do contraditório, da ampla defesa, devido processo legal e dignidade da pessoa humana, busca a restituição dos bens apreendidos ou, subsidiariamente, a no-

Acesso ao Sumário

meação de pessoa de sua confiança como fiel depositário (fls. 1/8).

Recebido o recurso (fls. 21), vieram aos autos as contrarrazões, onde a d. Promotora de Justiça opinou pelo parcial provimento do apelo para nomear o requerente como fiel depositário dos veículos registrados em seu nome (fls. 25/29).

Bem processada a apelação, a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo parcial provimento para que seja nomeado o Sr. Luiz Carlos Grecco como fiel depositário do único veículo apreendido nos autos (FORD/*Ka* SE 1.0, placas PZI9C62), mantido o bloqueio judicial deste e dos demais veículos (VW/*Jetta* 2.0t, placas FIK7H93, e HYUNDAI/HB20, placas EFQ4J16), determinando-se a verificação da situação dos contratos de financiamento, com comunicação às respectivas instituições financeiras (fls. 37/46).

É o relatório.

Cuida-se de apelação interposta por Edson Oliveira de Souza Júnior, contra a r. decisão de fls. 19/20, que indeferiu a restituição dos veículos cuja apreensão foi determinada nos autos, e nomeou a vítima Darcy Osmar Scarlassara fiel depositária do veículo FORD/*Ka* SE 1.0, placas PZI 9C62, isentando-a das custas de pátio e remoção.

E, na análise dos argumentos trazidos com o recurso, cumpre observar, inicialmente, que embora o recurso se limite à apreensão do automóvel FORD/KA SE 1.0, cujo depósito foi deferido para a vítima Darcy Osmar Scarlassara, nos autos do Processo Crime nº 1501491-56.2022.8.26.0564, a decisão impugnada faz referência aos três automóveis registrados em nome do acusado. E, considerando que a apelação devolve o conhecimento de toda a matéria, nessa medida será apreciada.

Nesse mister, compulsando os autos (digitais) do processo original, o que se vê é que o réu foi denunciado como incurso no art. 155, ***caput***, e § 4º, incisos II e IV, por diversas vezes, em continuidade delitiva, em concurso material com o art. 171, ***caput***, e § 4º, por três vezes, em continuidade delitiva, todos do Código Penal. Tudo porque, entre os meses de agosto de 2020 e outubro de 2021, em locais incertos, mas notadamente na Rua Júlio de Mesquita, 1.171, na cidade de São Bernardo do Campo agindo em concurso com a corré Fernanda Antônio da Cunha (já falecida), subtraiu para si, mediante abuso de confiança, quantia em dinheiro superior a R$ 99.000,00 das vítimas idosas Darcy Osmar Scarlassara e Nancy de Lima Scarlassara.

Além disso, nos dias 27 de janeiro, 2 de março e 20 de abril, do ano de 2021, em locais incertos, naquele mesmo município, agindo em concurso com sua falecida companheira, obteve, para ambos, vantagem econômica indevida, no valor de R$ 15.300,79, em prejuízo das mesmas vítimas, induzindo em erro mediante ardil e meio fraudulento a instituição financeira Banco Itaú S/A (fls. 5/8).

Acesso ao Sumário

Diante dos fortes indícios de autoria que pesavam contra os acusados, e da necessidade de assegurar eventual e futura indenização dos ofendidos, a MM. Juíza de Direito Dra. Fernanda Alves da Rocha Branco de Oliva Politi determinou o bloqueio judicial dos automóveis VW/Jetta 2.0T, cor preta, placas FIK7H93; FORD/*Ka* SE 1.0, cor branca, placas PZI9C62; e HYUNDAI/*HB20*, cor preta, placas EFQ4J16, todos registrados em nome do requerente (fls. 234/235), bem como a busca e apreensão de tais veículos (fls. 255/257).

Registrada a restrição para circulação dos carros (fls. 281 e 283), a Defesa requereu a restituição daqueles bens (fls. 328/333), apresentando os documentos dos veículos FORD/*Ka* e Hyundai/*HB20*, com registro de alienação fiduciária (fls. 336/337), bem como do automóvel VW/*Jetta*, que, a despeito do contrato de financiamento de fls. 394/404, aparentemente firmado em abril de 2021, quando foi emitido o Certificado de Registro e Licenciamento de fls. 338, em 26 de fevereiro de 2022, não registrava qualquer restrição.

Regularmente apreendido o automóvel FORD/*Ka* (fls. 359/363), o pedido de restituição do requerente foi indeferido e o automóvel foi liberado para o ofendido Darcy, nomeado como fiel depositário (fls. 411/412 e 433/434).

Assim examinados, então, os autos principais, limitando-se a análise ao mérito da ação incidental, cumpre salientar que não há documentação atualizada dos automóveis objeto da pretensão de restituição.

De qualquer modo, diante dos argumentos trazidos pela Defesa, vale anotar que a retenção (sequestro) de bens móveis para garantia de eventual indenização da vítima - com prevenção da perda ou deterioração do bem - tem natureza cautelar (art. 301, do Código de Processo Civil) e, como tal, independe da certeza da responsabilidade criminal do agente, de maneira que, por aqui, os protestos de inocência não servem para afastar a aplicação da medida impugnada se, para tanto, basta a certeza do prejuízo causado à vítima, e a existência de indícios de que o bem foi adquirido de forma ilícita, ou constitui proveito direto ou indireto do crime, com possibilidade de alguma compensação.

Pela mesma razão, descabe falar em proporcionalidade da medida, se não há prova efetiva do valor dos bens arrolados para apreensão, principalmente porque, conforme se alega, os veículos sequer foram quitados, de maneira que o valor de mercado dos objetos não se confunde com aquele que pode ser tomado como garantia e, por aqui, o que se tem é apenas o valor estimado dos prejuízos causados às vítimas.

E, foi justamente a fim de minimizar esses prejuízos que, no caso dos autos, a Magistrada determinou a apreensão de três veículos cuja propriedade foi atribuída ao acusado (fls. 234).

Acontece que, conforme os dados fornecidos pelo *DETRAN*, todos esses automóveis foram adquiridos por meio de alienação fiduciária (fls. 236, 241 e 244), sem que haja nos autos registro de quitação.

Acesso ao Sumário

Desse modo, se os automóveis ainda estiverem financiados, a despeito da emissão dos documentos em nome do réu, pelo órgão público responsável (*DETRAN*), é o credor fiduciário que conserva a propriedade, embora os direitos dela decorrentes (posse e detenção) fiquem transferidos precariamente para o devedor fiduciante.

Vale dizer, diante do contrato de financiamento para compra com cláusula de garantia fiduciária, o comprador não adquire, desde logo, a propriedade plena dos objetos que, portanto, não podem ser arrecadados para fins de garantia de pagamento de novas dívidas que o possuidor venha a contrair.

Entretanto, conforme estabelece o Código Civil, inserem-se entre os bens móveis ***"os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações"*** (art. 83, inciso III), que, portanto, podem ser sequestrados para fins de garantia indenizatória.

Assim, por aplicação analógica do art. 835, inciso XII, do Código de Processo Civil, diante da necessidade de preservar o objeto, (possível provento do crime) e viabilizar a indenização da vítima, tão logo provada a responsabilidade penal do agente, podem ser sequestrados os direitos aquisitivos derivados de alienação fiduciária.

No caso, se o requerente possui apenas a posse dos objetos, conforme alegou, e seu direito patrimonial limita-se, portanto, ao valor das parcelas já quitadas - para além da garantia do credor fiduciário - apenas sobre o saldo remanescente é que pode recair o sequestro.

Com efeito, diante de eventual retomada do bem pelo credor fiduciário, a ele compete, nos termos do art. 1.364, do Código Civil, vender, judicial ou extrajudicialmente, o bem alienado (no caso, os automóveis) em caso de não quitação da dívida, aplicando o preço na satisfação de seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, e devolvendo o saldo, se houver, ao devedor (art. 1.364, do Código Civil).

Portanto, é somente sobre esse saldo residual que recai a garantia remanescente, pois apenas ele pode ser objeto de sequestro para eventual indenização das vítimas.

Acesso ao Sumário

Para tanto, deve ser comunicado o credor fiduciário, que, por sua vez, deverá comunicar nos autos eventual quitação do financiamento assim que ele ocorrer, sem levantamento do gravame (que, afinal, é sua garantia), até a finalização do contrato.

Verificada a quitação, só então os veículos passarão a integrar o patrimônio do requerente e, então, poderiam ser objeto da medida assecuratória, caso não encerrada a ação penal.

Não se pode deixar de considerar, no entanto, que é possível que a quitação das dívidas não aconteça, e os contratos de alienação fiduciária sejam encerrados pela retomada dos objetos de garantia e consequente revenda pelo

credor. Nesse caso, se não encerrada a ação penal, o saldo remanescente deverá ser depositado em conta judicial, para garantia de indenização das vítimas, ou de parte dela, em caso de condenação.

Por aqui, o que se vê é que, depois de interposta a presente apelação, a Magistrada manteve a apreensão determinada, mas conferiu ao requerente o múnus de fiel depositário dos bens reclamados (fls. 455).

Entretanto, como a simples posse de bens móveis não pode ser objeto de apreensão para fins de garantia, não há razão para manutenção da apreensão determinada a fls. 255/257, com relação aos veículos FORD/*KA* e Hyundai/*HB20*.

Por outro lado, como o objeto da medida assecuratória - assim como na alienação - decorre da expectativa de propriedade dos veículos indicados, deve ser registrado no órgão oficial o bloqueio para transferência de propriedade (RENAJUD), que fica condicionada à autorização judicial, a fim de que não se frustre a garantia remanescente, enquanto o direito de circulação deve ser deferido, se, evidentemente, regularizado o licenciamento.

O mesmo não ocorre, porém, com relação ao veículo VW/*Jetta*, que, pelo que se vê nos autos principais, ainda não foi apreendido, embora o acusado (ora requerente) tenha se comprometido a apresentá-lo na unidade policial (fls. 359).

Sobre esse automóvel, conforme já foi dito, não há registro atual de gravação por alienação fiduciária (fls. 338) e, a princípio, não há impedimento para o sequestro determinado, que, portanto, fica mantido.

Observe-se, no entanto, que, a pedido da vítima, depois de interposta a presente apelação, a Magistrada a desincumbiu do múnus de fiel depositário do veículo apreendido (FORD/*Ka*) que lhe havia sido conferido, transferindo o encargo para o requerente (fls. 455), a quem deferiu, também, o depósito do automóvel VW/*Jetta*, que sequer chegou a ser apreendido e sobre o qual, repita-se, não há registro de reserva.

Com relação a este automóvel, então, ficam mantidos não só o bloqueio judicial de circulação e transferência que lhe foi imposto, como também a ordem de busca e apreensão determinada a fls. 255/257, cujo depósito só poderá ser atribuído após o cumprimento da ordem judicial, assim como eventual desbloqueio imposto.

Diante do exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO para restituir dos veículos FORD/Ka SE 1.0, cor branca, placas PZI9C62, e HYUNDAI/HB20, cor preta, placas EFQ4J16, ao requerente, que os detém na condição de fiduciante, mas determinar a apreensão dos direitos aquisitivos derivados do contrato de alienação fiduciária em garantia, com registro da restrição de transferência no órgão competente (via *RENAJUD*), a fim de que não se frustre a expectativa de garantia.**

Por outro lado, **mantida, outrossim, a ordem de busca e apreensão do veículo VW/Jetta 2.0T, placas FIK7H93, cujo depósito deverá ser decidido**

Acesso ao Sumário

após o cumprimento do mandado judicial, bem como os bloqueios judicial de transferência e circulação, até que se demonstre a existência de gravame, quando, então, a medida poderá ser reavaliada pelo Juízo de origem.

Oficie-se às instituições financeiras alienantes (proprietários fiduciários), para ciência da presente decisão e, atualização dos cadastros e, sem prejuízo, para que prestem, à origem, informações atualizadas sobre o financiamento de cada um dos três automóveis em questão, conforme requerido pelo d. Procurador de Justiça (fls. 46), cabendo ao juízo de origem, com a resposta, reavaliar as medidas impostas.

Providencie-se o bloqueio judicial de transferência de propriedade dos automóveis ora restituídos (FORD/Ka e HYUNDAI/HB20), cujo depósito já foi deferido para o requerente.

Custas na forma da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1514426-35.2023.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante KAUE SOUZA BARROS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.044)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 5 de dezembro de 2023

CAMILO LÉLLIS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - Preliminares - Alegação de ilicitude da busca pessoal, porque ausente fundada suspeita - Inocorrência - Não houve abordagem aleatória ou qualquer grau de subjetividade na ação dos agentes da lei - Réu que trafegava indevidamente com sua motocicleta em via expressa. Utilização desse tipo de veículo para a prática de roubo na região, o que motivou a justa e legítima abordagem policial - Alegação de ofensa à cadeia de custódia - Impertinência - Defe-

sa nada apontou, de concreto, que indicasse qualquer desvio no caminho da prova, desde sua colheita, até a apreciação pelo magistrado - Preliminares rejeitadas. Mérito. Absolvição - Impossibilidade - Materialidade delitiva e autoria sobejamente demonstradas nos autos - Quantidade e variedade dos entorpecentes, aliadas às circunstâncias da apreensão das drogas, que evidenciam a destinação mercantil - Destinação das drogas a terceiras pessoas demonstrada - Desnecessidade de prova da mercancia espúria, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente. Validade do depoimento dos policiais. Precedentes. - Desclassificação da imputação de tráfico para uso. Descabimento. A condição de mero usuário não exclui, por si só, a prática da mercancia ilícita. Circunstância em que se deu a prisão do recorrente, somada à apreensão de considerável quantidade de entorpecente, que dão a certeza de que a droga se destinava à mercancia ilícita - participação de menor importância - desacolhimento - Descabida a aplicação da causa de diminuição concernente à participação de menor importância (art.29, § 1º, do CP) - ausência de prova apta a comprovar que a droga pertencesse a outro indivíduo ou o concurso de agentes - Ademais, o Código Penal adotou a teoria monista ou unitária quanto ao concurso de agentes - Eventual condição de "mula" que, por si só, não obsta a hipótese de que esteja o sentenciado envolvido com a criminalidade - Condenação bem decretada - Dosimetria - Básica fixada no patamar mínimo legal - Compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão. Necessidade - Reincidência simples - Tema 585, do STJ - Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 - Desacolhimento reincidência - Circunstância que impede a causa especial de diminuição de pena e a modificação do regime inicial. Regime prisional fechado adequado à espécie - Matéria prequestionada - Inocorrência de mácula a dispositivos constitucionais ou legais. Preliminares rejeitadas e recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

A r. sentença de fls. 198/206 condenou **Kauê Souza Barros** às penas de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 580 dias-multa, estipulados unitariamente no valor mínimo legal, como incurso no art. 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06.

Inconformada, preliminarmente, apela a defesa almejando a absolvição, alegando, de saída, (i) a nulidade das provas derivadas da abordagem; (ii) ofensa à cadeia de custódia. No mérito, sustenta insuficiência de provas, ressaltando a não comprovação de atos de comércio. Subsidiariamente, requer a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas; o reconhecimento da atenuante disposta no art. 65, III, "d", do Código Penal, haja vista a confissão extrajudicial, compensando-a com a circunstância agravante da reincidência, reconhecimento da participação de menor importância prevista no art. 29, §1º, do Código Penal, o reconhecimento do tráfico privilegiado, bem como a fixação de regime mais brando (fls. 224/244).

Contrariado o recurso (fls. 247/255), subiram os autos, tendo o ilustre Promotor de Justiça Designado, Dr. Vladimir Brega Filho, opinado pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 267/280).

É o relatório.

A imputação é a de que, no 21 de abril de 2023, por volta de 21h20min, na Avenida das Nações Unidas, nº 12.900, Brooklin, nesta cidade e comarca de São Paulo, KAUÊ SOUZA BARROS, qualificado à fl. 6, transportava 7 porções individuais com peso total de 5,4 gramas de cetamina; e 14 porções individuais com peso total de 20,9 gramas de cocaína, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme boletim de ocorrência de fls. 7/9, auto de exibição e apreensão de fls. 12/13, laudo de constatação provisória de fls. 17/20 e fotografia de fl. 22.

Consta ainda que, na mesma ocasião, ao ser abordado pelos policiais militares Celso Ferreira da Silva Júnior e Daniel Ferreira de Godoy, KAUÊ SOUZA BARROS, já qualificado, ofereceu-lhes vantagem indevida em dinheiro para determiná-los a omitir ato de ofício, consistente em sua prisão.

Segundo o apurado, nas circunstâncias supramencionadas, KAUÊ conduzia a motocicleta Honda/CG 160 Titan, de placa FNT6C36, na qual transportava as drogas acima descritas no interior de sua jaqueta e de seu tênis.

Acontece que policiais militares que realizavam patrulhamento pela região avistaram KAUÊ e notaram que ele conduzia a motocicleta em local proibido, motivo pelo qual deram ordem de parada. KAUÊ prontamente obedeceu ao comando e foi abordado.

Em revista pessoal a KAUÊ, os policiais encontraram, no bolso de sua

Acesso ao Sumário

jaqueta, 7 porções de cetamina, 1 aparelho celular e a quantia de R$ 50,00 em espécie; e, em seu tênis, 14 porções de cocaína (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 12/13).

Indagado pelos policiais, KAUÊ informou estar realizando uma entrega de drogas e, ato contínuo, ofereceu-lhes vantagem indevida em dinheiro para determiná-los a omitir ato de ofício, consistente em sua prisão. Os policiais, contudo, não aceitaram a oferta, prenderam KAUÊ em flagrante delito e o conduziram à Delegacia de Polícia.

Interrogado pela Autoridade Policial, KAUÊ admitiu a traficância, mas negou a corrupção ativa. As drogas foram submetidas a exame de constatação provisória, que concluiu pela presença das substâncias acima descritas (cf. laudo de fls. 17/20).

Este é o teor da denúncia. Pois bem.

Antes, porém, de adentrar no exame de mérito do recurso, cabe analisar as **preliminares** arguidas pela defesa, as quais não comportam acolhimento.

De proêmio, no que se coaduna à aventada nulidade probatória decorrente da busca pessoal, aduzindo a ausência de fundada suspeita que justificasse a abordagem, sem razão a defesa.

Isso porque não houve abordagem aleatória pela polícia, não houve qualquer grau de subjetividade na ação dos agentes da lei, haja vista que, o acusado trafegava por via expressa, em local proibido para motocicletas, bem como havia notícias da utilização de motocicleta para a prática de delitos de roubo na região, o que motivou a justa e legítima abordagem policial.

In casu, dada a natureza permanente do crime imputado ao apelante (tráfico ilícito de drogas), cuja consumação prolonga-se no tempo, a autorização judicial é prescindível, pois indubitavelmente caracterizada situação de flagrância.

Sobre o tema, aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCAS PESSOAL/VEICULAR E DOMICLIAR. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. SERVIÇO DE INTELIGÊNCIA DA POLÍCIA E INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. LICITUDE DAS PROVAS. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/2006. CARÁTER OBJETIVO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). 2. No caso, a ação policial não decorreu de mera desconfiança ou denúncia anônima,*

Acesso ao Sumário

mas, sim, em razão de fundada suspeita lastreada em investigação prévia no sentido de que o imóvel estava sendo utilizado para o tráfico de drogas, existindo fundadas suspeitas para a ***realização das buscas pessoal/veicular e domiciliar, não havendo falar em ilicitude das provas, estando presente a justa causa para as abordagens realizadas*** *(...)" (AgRg no HC n. 810.785/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2023, DJe de 3/5/2023.) (grifos nossos).*

Validamente, em que pese a irresignação defensiva incisiva sobre o ponto, repise-se, exsurge do arcabouço probatório a justa causa para a conduta dos agentes públicos, mormente de seus relatos, de acordo com os quais o réu ao trafegar por via proibida para motocicletas e, mormente a utilização desse tipo de veículo para a prática de roubo na região, justificaram a abordagem, o que culminou com a localização das substâncias entorpecentes, junto ao acusado, corroborando a legalidade dos atos perpetrados.

Nessa conjuntura, levando-se em conta que a abordagem se deu por conta das circunstâncias alhures mencionadas, conclui-se pela existência de fundada suspeita e indícios suficientes de flagrante delito, restando autorizada a busca realizada.

A propósito, confira-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ***NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO E PROVAS DELA DECORRENTES. INOCORRÊNCIA. NO CASO CONCRETO: FUNDADAS SUSPEITAS.*** *ATUAÇÃO DE GUARDAS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO PARA AFASTAR AS CONCLUSÕES DA ORIGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 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 habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício. ***II - No caso vertente, a fundada suspeita residiu no fato de que, durante patrulhamento, como diligência prévia à abordagem, em local conhecido pelo tráfico de drogas, os agentes públicos avistaram o paciente, já conhecido da polícia local, em atitude suspeita. Ademais, todo o material efetivamente apreendido (139 porções de cocaína), somado à confissão informal do paciente aos agentes públicos, somente reforçou a necessidade da atuação estatal para conter o flagrante delito****. III - Com efeito, assente na jurisprudência deste Tribunal Superior que, "Nos termos do artigo 301 do Código de*

Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, de modo que inexiste óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela. Precedentes" (HC n. 421.954/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 2/4/2018). IV - Afastada qualquer flagrante ilegalidade, importante 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. Habeas corpus não conhecido." (HC n. 713.115/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 21/2/2022 - Destacado);

Com efeito, a palavra dos policiais, assim como vale para dar atestado do que presenciaram e do que apreenderam com o acusado, vale para justificar a abordagem e a fundada suspeita, cuja prova decorre menos do quanto disseram e mais do que efetivamente encontraram. Ou seja, não há maior atestado de que a suspeita era fundada do que a localização de significativa quantidade de drogas junto ao sujeito e a consequente prisão em flagrante. Portanto, adequadamente observado o preceito emanado do art. 244 do Código de Processo Penal.

Deste modo, ainda, não se vislumbra qualquer irregularidade nas provas obtidas em decorrência da abordagem policial, o que também afasta, portanto, a alegação de nulidade.

Noutro vértice, igualmente fadada ao insucesso a tese de quebra da cadeia de custódia, pois, na esteira do já decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça "(...) *de que a prova material tenha sido adulterada. Ao revés, todos os elementos dos autos militam no sentido de que o vestígio colhido foi recebido e processado de forma idônea.*" (AgRg no HC n. 705.639/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023.)

Com efeito, a defesa nada apontou, de concreto, que indicasse qualquer desvio no caminho da prova, desde sua colheita, até a apreciação pelo magistrado.

Ao contrário, verte dos autos que as drogas e demais materiais atrelados ao tráfico foram devidamente apreendidos, lacrados e submetidos à perícia, até ulterior valoração pelo destinatário da prova.

Dessa forma, refuta-se a propalada ofensa ao art. 158-A, do Diploma Processual Penal.

Posto isso, rejeitam-se as preliminares arguidas.

No que tange ao mérito, melhor sorte não socorre o apelante.

A materialidade delitiva decorre dos autos de prisão em flagrante (fls.

Acesso ao Sumário

05/06), boletim de ocorrência (fls. 11/13), laudo pericial (fls. 21/24 e 80/81), laudo pericial (fls. 89/102), autos de exibição, apreensão e entrega (fls. 16/17), relatório de investigação (fls. 60/62; 95/96), bem assim verte da prova oral coligida.

Irrefutável, do mesmo modo, a autoria.

Ao ser interrogado em juízo o réu negou a prática do crime; que após o trabalho, passou para adquirir drogas na comunidade (pois era véspera de feriados) para consumo próprio; que disse que, quando foi abordado, disse que tinha passagem; que os policiais perguntaram ao réu se tinha algo para liberá-los; que essa droga cetamina se chama "Key", que é usada para "acalmar" após a cocaína deixar "elétrico"; que estava muito pressionado por policiais no momento de prestar o depoimento na Delegacia de Polícia; que não conhecia esses policiais. (mídia digital).

Isolada nos autos, tal versão não prospera, tendo sido contundentemente rechaçada pelos demais elementos de prova, mormente os sólidos testemunhos ofertados pelos policiais responsáveis pela apreensão dos entorpecentes.

Nesse passo, em juízo, a testemunha policial militar Celso Ferreira Da Silva Junior narrou que estavam em patrulhamento com vistas a motocicletas (motocicletas que eram utilizadas em roubo). O réu passou em alta velocidade e tinha características (salvo engano a cor da motocicleta). Que o Réu estava de motocicleta e fizeram abordagem. Que encontraram certa quantidade de entorpecente. O Réu disse que estava entregando esses entorpecentes e ganhava uma quantia por dia para entrega desses entorpecentes (uns R$ 300,00 ao dia). Que iria fazer entrega na Zona Oeste. Que sabe que ele ofereceu quantia ao parceiro para ser liberado. Mas não sabe o valor pois isso teria sido oferecido ao seu parceiro de farda. Que se recorda que, com o réu, foi encontrado pó branco (alguns papelotes de cocaína). Que não sabe o que é cetamina. Que o réu estava em via proibida também antes de ser abordado.

No mesmo sentido foi o depoimento do policial militar, Daniel Ferreira de Godoy, que relatou estavam em patrulhamento, atrás de motocicleta de rapazes que tinham praticado ilícito; que viu o réu na via expressa da Av. Nações Unidas, com as mesmas características; que encontraram entorpecentes com o réu; que o réu disse que iria levar essa droga ao Jabaquara (que havia pegado em Paraisópolis) R$ 300,00 ; que daria certa quantia à equipe para liberá-lo; que não especificou a quantia que seria dada à equipe; que não se recorda a quantidade aproximada de drogas; que era salvo engano cocaína; que a outra droga era desconhecida da equipe; que as drogas estavam em porções individuais; que não se recorda se foi encontrada alguma anotação.

E, apesar das críticas desfechadas, veste-se o testemunho dos policiais, sim, com maior valoração, porquanto isento, despido da intenção de imputar tão grave crime a um inocente.

Acesso ao Sumário

Ademais, diante da prática adquirida com a profissão por eles desempenhada, são capazes de apontar fatos e circunstâncias imprimidas nas diligências levadas a efeito para elucidar o acontecido, só deles conhecida, que culminam por trazer a certeza do cometimento imputado, especialmente quando as versões por eles descritas são anotadas logo de início no auto de flagrante e não desmerecidas no contraditório.

Registre-se que, além de não demonstrado o interesse dos agentes da lei em prejudicar o apelante, o depoimento deles *"pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do contraditório. Precedentes do STF e desta Corte."* (STJ - HC 40162/MS, Min. Gilson Dipp, DJ 28.03.2005).

Ainda sobre o tema:

"Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal" (Superior Tribunal de Justiça HC 149540/SP - Ministra Laurita Vaz - DJ 04.05.2011).

Destaca-se, ainda no ponto, não ser crível que os policiais dispusessem de vultosa quantia de cocaína e cetamina, que sabidamente ostentam elevado valor financeiro, tão somente para incriminar terceiro.

Acrescenta-se que há plena convergência entre os relatos dos agentes públicos, que, repise-se, sequer conheciam os acusados.

Outrossim, impende destacar ser prescindível - quiçá insensato - cotejar eventuais e irrelevantes divergências, inconsistências e/ou contradições entre referidos discursos, sobretudo quando, como no caso, são substancialmente harmônicos, entre si e com os demais elementos de prova.

A respeito do assunto:

"PROVA - Pequenas divergências entre os relatos das testemunhas - Irrelevância - Validade. As pequenas contradições na prova decorrem das próprias imperfeições do psiquismo humano, agravadas, em geral, pelas condições em que a prova é realizada. Assim, de se desconfiar do testemunho demasiado perfeito, sendo, sim, importante, verificar se, embora discrepantes em detalhes mínimos, concordam os depoimentos nos pontos essenciais, quanto às circunstâncias decisivas do fato" (TACrimSP - Ap. nº 583.153/2 - 7ª Câm. - Rel. José Habice - J. 05.04.90 - RJDTACRIM)

Portanto, não há, no caso em exame, motivo para se colocar em dúvida a veracidade dos depoimentos prestados pelos agentes públicos, até mesmo porque, como dito alhures, não existe nos autos qualquer indício que possa desabonã-los.

Acesso ao Sumário

É o caso dos autos.

Frente ao panorama delineado, nota-se que a prova converge no sentido da procedência da pretensão punitiva estatal quanto ao tráfico de drogas, razão pela qual a condenação do acusado por este crime era mesmo imperativa.

Nesse jaez, em que pese a tese defensiva visando ao reconhecimento da atipicidade da conduta do apelante, tendo em vista que ele não se encontrava na posse de nenhum apetrecho que possa caracterizar o delito de tráfico de drogas, afigura-se prescindível para a sua configuração a comprovação da mercancia espúria.

Outrossim, o crime em questão caracteriza-se por ser de conteúdo variado, com a previsão de diversas condutas, dentre as quais as de "transportar" e "trazer consigo", de maneira que não se faz necessário presenciar atos de efetiva comercialização, desde que, como no caso dos autos, seja demonstrado o elemento subjetivo da conduta, consistente na vontade livre e consciente de fornecer a droga a terceiras pessoas, ainda que gratuitamente.

Nessa linha de precedentes, o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MATÉRIA QUE JÁ FOI OBJETO DE DISCUSSÃO NESTA CORTE EM HC ANTERIOR. PRISÃO PREVENTIVA. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. 1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Por essas razões, mostra-se inviável a absolvição do agravante, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir o mérito da pretensão punitiva, para condenar ou absolver, desde que o faça fundamentadamente, tal como ocorreu no caso. ***2. Para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente até porque o próprio tipo penal aduz "ainda que gratuitamente" -, bastando, portanto, que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância.*** *3. Para entender-se pela absolvição do réu, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência, conforme cediço, incabível em recurso especial, a teor do que estabelecido na Súmula n. 7 do STJ. 4. A pretendida incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas já foi objeto de*

Acesso ao Sumário

discussão nesta Corte Superior de Justiça, por ocasião da impetração do HC n. 621.535, já julgado. 5. Configura indevida inovação recursal a apresentação de tese jurídica somente por ocasião do agravo regimental. 6. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido". (AgRg nos EDcl no AREsp 1917794/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021) - grifos nossos.

E, conquanto a defesa insista na tese de que os entorpecentes se destinavam ao consumo pessoal, restou claro que as substâncias seriam para entrega de terceiros, configurando o crime de tráfico de entorpecentes.

As peculiaridades da apreensão, tendo sido o acusado abordado em via pública, a quantidade e variedade das drogas, a quantia em dinheiro em seu poder, são circunstâncias que evidenciam a realização da espúria mercancia, incompatibilizando os fatos com a figura do mero usuário.

Ora, ainda que **Kauê** fizesse uso de drogas, absolutamente descabido que consumiria toda a droga apreendida, consistentes em 7 porções individuais com peso total de 5,4 gramas de cetamina; e 14 porções individuais com peso total de 20,9 gramas de cocaína.

De outra parte, mesmo que o réu fosse usuário de entorpecentes, como alega, tal circunstância, de forma alguma, excluiria a possibilidade de que também se dedicasse à comercialização das substâncias ilícitas, sendo, portanto, a análise das provas colhidas determinante da real destinação dos estupefacientes.

No caso em questão, pelas razões já expostas, indubitável que as substâncias apreendidas se reservavam a terceiros.

Neste sentido, é a jurisprudência pátria:

"A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade" (TJSP RJTJSP 101/498).

Ademais, o recorrente não comprovou o exercício de qualquer atividade lícita, não sendo razoável acreditar que tivesse recursos financeiros para adquirir tão elevada quantidade de entorpecente, a não ser através da mercancia ilícita.

Lado outro, o acusado não fez nenhuma prova apta a corroborar que a droga pertencesse a outro indivíduo, limitando-se ele a buscar e entregar tais drogas, ou seja, que exercia a mera condição de "mula" do tráfico. E, como cediço, a prova cabe a quem alega, nos termos do art. 156, do Código de Processo Penal, ônus do qual a defesa não se desincumbiu.

Tampouco há que se falar em participação de menor importância.

Isso porque extrai-se do caderno processual que o acusado teve participação ativa na empreitada criminosa, notadamente porque, segundo relataram os policiais responsáveis pelo flagrante, era ele quem estava no local dos fatos

Acesso ao Sumário

na posse das drogas apreendidas, quando da abordagem. Nessa toada, praticou um dos núcleos do tipo penal violado, qual seja, transportar ou trazer consigo substâncias ilícitas ao consumo de terceiros, consumando, assim, o tráfico.

Ademais, ainda que ele estivesse praticando a mercancia ilícita na companhia de terceiros, como se sabe, o Código Penal adotou a teoria monista ou unitária quanto ao concurso de agentes, de modo que todos aqueles que contribuírem para o resultado típico devem responder pelo mesmo crime, pouco importando se os agentes atuaram no planejamento, execução ou mero auxílio.

Nesse sentido, confira-se:

"I. ***O Código Penal adotou quanto ao concurso de pessoas a teoria monista, também conhecida como unitária, em que, havendo pluralidade de agentes e convergência de vontades para a prática da mesma infração penal, todos os que contribuem para o crime incidem nas penas a ele cominadas (CP, art. 29), sendo irrelevante quem pratique a conduta descrita no núcleo do tipo penal.*** *II. Revelando o conjunto probatório ter havido divisão de tarefas entre os agentes para a prática da ação delituosa, não se caracteriza como de menor importância a participação de quem conduziu a motocicleta para levar o seu cúmplice ao local do crime, aguardá-lo nas proximidades e a ele dar fuga após a concretização do roubo. Adesão ao plano criminoso que caracteriza coautoria e afasta a aplicação do §1º do artigo 29 do Código Penal. Participação de menor importância não configurada no caso concreto. III. Réu que, acompanhado do seu comparsa, praticam crime de roubo majorado, contra o Estabelecimento Comercial Retiro Material de Construção, mediante utilização de arma de fogo, ameaçando diversas vítimas que estavam no local, sendo que, enquanto ocorria o roubo, o réu aguardava seu comparsa na motocicleta, dando cobertura à empreitada delitógena, e empreendendo fuga logo após a execução dos atos criminosos, sendo preso em flagrante, tão somente o apelante, o qual confessou a prática delitiva perante a autoridade policial (...)"* (APL 05008654620168050080, rel. Pedro Augusto Costa Guerra, TJBA, DJe 09/03/2017 g.n.)".

Portanto, restando inconcussa, como *in casu*, a participação da apelante no delito, nos termos do art. 29, do Código Penal, deve responder pelo mesmo fato, sendo incabível o reconhecimento da participação de menor importância.

Assim seguro, o quadro probatório alicerça firmemente a condenação lançada aos autos, já que o tipo penal se acha aperfeiçoado. Trata-se de réu preso em flagrante delito, que trazia consigo, para fins de tráfico, considerável quantidade e variedade de entorpecentes, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Assim seguro, o quadro probatório alicerça firmemente a condenação lançada aos autos, já que o tipo penal se acha aperfeiçoado.

Acesso ao Sumário

Condenação, pois, bem lançada.

Inobstante a isso, no que toca à dosimetria, a r. sentença comporta pequeno ajuste.

Na primeira fase do cálculo, em que pese a expressiva quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos (cocaína, de alto poder vulnerante), a sanção inicial foi fixada no mínimo legal, sendo o réu extremamente beneficiado, frise-se.

Na segunda fase da dosimetria penal, houve o recrudescimento por conta da reincidência (fls. 72/74), o que se deu na fração de 1/6 (um sexto).

No particular, aliás, assiste razão o pleito da combativa defesa, sendo cabível o pretendido reconhecimento da atenuante atinente à confissão espontânea, com consequente arrefecimento da pena infligida.

Isso porque, conquanto evidentemente ofertada a retratação do réu em juízo, não reconhecendo a traficância, mormente, admitindo a posse ou propriedade para uso próprio, a "confissão extrajudicial" foi claramente aproveitada pelo MM. juízo *a quo*, em conjunto com outros meios de prova, para fundamentar a condenação, notadamente no seguinte trecho da r. sentença:

> *"[...] A finalidade de narcotraficância foi evidenciada por alguns indícios irrefutáveis, em especial o depoimento das testemunhas, que foi ratificado pelo interrogatório do réu após a prisão em flagrante (fl. 10).* (fls. 202 - Original já destacado).

Destarte, de rigor o reconhecimento da referida atenuante genérica, já que expressamente utilizada para a formação do convencimento do julgador.

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

> *"HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. AUMENTO. PROPORCIONAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE CONFIGURADA. REDUÇÃO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.* ***1. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que, se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação.*** *[...]"* (STJ - HC nº 281877 SP 2013/0373825-5, Sexta Turma, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 09/06/2015) (Sem destaque no original).

De tão pacífica a questão, aliás, editou-se a Súmula n° 545 do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a qual o réu fará jus à atenuante em testilha *"Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador [...]"*.

Acesso ao Sumário

Nessa senda, é certo que esta C. Câmara adotava, até então, o entendimento de que, nos termos do art. 67, do Código Penal, deveria haver preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão.

Não obstante, tem se sedimentado na jurisprudência a possibilidade de compensação entre essas circunstâncias, principalmente após a edição do Tema 585, do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *"É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade".*

Assim, a compensação integral entre a confissão e a reincidência não específica, como no caso em análise, é medida que se impõe, na medida em que, de conformidade com a jurisprudência firmada pelos Tribunais Superiores e agora adotada por esta Quarta Câmara, não deve ser ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente condenação anterior ainda não alcançada pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, ressalvando-se, entretanto, as hipóteses de reincidência específica e de multirreincidência, nas quais se admite a compensação proporcional, em observância aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Nessa toada, de rigor o afastamento do acréscimo imposto nesta fase, ficando o réu condenado à pena de **05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no mínimo legal**, que se torna definitiva à ausência de outras causas modificadoras.

Por fim, inviável a aplicação do redutor a que alude o art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista a reincidência do acusado.

Nessa linha de precedentes:

"O reconhecimento da agravante da reincidência, na segunda etapa da dosimetria, não é incompatível com a sua utilização, na terceira fase, para afastar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porquanto o referido instituto jurídico é sopesado com finalidades distintas em cada fase de fixação da pena, justamente para se alcançar a justa e correta reprimenda necessária para a reprovação e prevenção do delito perpetrado. Não há falar, portanto, em bis in idem." (AgRg no HC 671.329/SP) - Superior Tribunal de Justiça).

Também por força da reincidência e do *quantum* de pena, que supera 04 anos, o regime inicial não poderia ser outro que não o fechado, a teor do que dispõe o art. 33, §2º, 'b' e §3º, do Código Penal, à margem de qualquer discussão - porque inútil, no caso - acerca da alegada inconstitucionalidade da obriga-

Acesso ao Sumário

toriedade do regime fechado.

Não por outros motivos - pena superior a 04 anos e presença da reincidência - impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Finalmente, considera-se prequestionada toda a matéria.

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeito as preliminares aventadas e dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta a KAUÊ SOUZA BARROS para 05 anos de reclusão e o pagamento de 500 dias-multa, no piso, mantida, quanto ao mais, a r. sentença recorrida, por seus próprios fundamentos**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500285-90.2021.8.26.0483, da Comarca de Presidente Venceslau, em que são apelantes JERRI ADRIANI SANTOS DE JESUS e CARLOS ALBERTO CALIXTO DE MORAES, 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 aos recursos. V. U. Sustentou oralmente a Ilma. Defensora, Dra. Natalia Pedroso de Oliveira e usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.887)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 5 de dezembro de 2023.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Organização criminosa – Art. 2º, da Lei nº 12.850/13 – Recurso defensivo – Materialidade e autoria comprovadas, notadamente por meio da prova oral e documental – Apreensão de manuscritos com ordens de condutas emanadas por integrantes de facção criminosa – Laudo pericial grafotécnico conclusivo – Inexistência de nulidade da prova – Validade da interceptação de correspondência remetida pelos sentenciados – Sigilo de correspondência que não é absoluto e não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas – Precedente do Supremo Tribunal Federal – Conde-

Acesso ao Sumário

nação mantida – Penas adequadamente fixadas e bem fundamentadas – Regime fechado – Impossibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos – Recursos desprovidos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos por **Carlos Roberto Calixto Moraes** e **Jerri Adriani Santos de Jesus** contra a r. sentença de fls. 704/725, em que o Juiz de Direito julgou parcialmente procedente a ação penal para condená-los, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, no piso, por incursos no art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013.

Inconformados, recorrem os acusados, pleiteando a absolvição por insuficiência probatória (fls. 742/750 e 785/792).

Oferecidas contrarrazões (fls. 794/798), foram os autos remetidos a este Tribunal.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 819/825).

Relatei.

Consta da denúncia que, em data incerta, mas anteriormente ao dia 17 de janeiro de 2021 no interior da Penitenciária "Maurício Henrique Guimarães Pereira" (Penitenciária II), localizada na Rodovia SP 270, altura do quilometro 623, no município e Comarca de Presidente Venceslau, JERRI ADRIANI SANTOS DE JESUS, CARLOS ROBERTO CALIXTO MORAES e Regina Patrícia de Oliveira Ferreira (absolvida), agindo em concurso de pessoas, com unidade de desígnios e identidade de propósitos, passaram a integrar, pessoalmente, organização criminosa.

Segundo descrito na peça acusatória, JERRI ADRIANI, vulgo He-Man, atualmente cumpre pena na Penitenciária "Maurício Henrique Guimarães Pereira" (Penitenciária II), local em que recebe as visitas constantes de sua companheira Regina Patrícia.

Narra a denúncia que, no contexto das visitas realizadas por Regina a JERRI ADRIANI e, em relação a este último, muito antes disso, os denunciados passaram a integrar, pessoalmente, a organização criminosa denominada PCC - Primeiro Comando da Capital. Por ocasião dos fatos, e mesmo antes deles, também ingressou e participou efetivamente na organização criminosa o increpado CARLOS ROBERTO CALIXTO MORAES, que, à época dos acontecimentos, encontrava-se também preso na Penitenciária II de Presidente Venceslau.

Relata que a referida organização criminosa foi fundada no ano de 1993, durante uma rebelião no Centro de Reabilitação Penitenciária, anexo à Casa

Acesso ao Sumário

de Custódia e Tratamento de Taubaté, em São Paulo, também conhecido como "Piranhão". Os seus idealizadores foram as pessoas de César Augusto Roris da Silva, vulgo "Cesinha" e José Márcio Felício, o "Geleião". Também contribuíram na fundação as pessoas de: Isaías Moreira do Nascimento, o "Isaías Esquisito"; Ademar dos Santos, o "Dafé"; Antônio Carlos Roberto da Paixão, o "Paixão"; Antônio Carlos dos Santos, o "Bicho Feio"; Misael Aparecido da Silva, o "Misa"; e Wander Eduardo Ferreira, o "Eduardo Cara Gorda". Além desses oito, havia outros dois presos ligados ao grupo: Marcos Willians Herbas Camacho, o "Marcola" e Idemir Carlos Ambrósio, o "Sombra".

Consta que, inicialmente, os objetivos de sua criação eram o controle do sistema prisional do estado de São Paulo e, ainda, o efetivo monopólio do crime no Estado, passando este a ser o carro chefe da organização. Relata que, atualmente, o PCC se tornou a maior organização criminosa do país, tanto pelo número de integrantes e simpatizantes, por sua capacidade de mobilização, como também por seu poder de influência econômica e, atualmente, até mesmo política. Todo esse poderio ilícito, segundo o Ministério Público, restou confirmado em diversos eventos amplamente noticiados pela mídia nacional e internacional: no final dos anos 2000, a organização criminosa coordenou uma rebelião na Casa de Custódia de Taubaté, resultando na morte de quase uma dezena de custodiados, alguns deles, inclusive, decapitados. Poucos meses depois, ainda naquele ano, novamente sob ordens diretas da organização criminosa ora citada houve a rebelião simultânea em mais de duas dezenas de presídios neste estado. Em 2002, o PCC foi responsável por vários atentados contra autoridades e instalações públicas. Nesse mesmo período surge a pessoa de Marcos Willians Camacho, o "Marcola", que liderou uma disputa interna para assumir o poder da organização e destituir da liderança as pessoas de "Cesinha" e "Geleião". No final de 2003, sob o comando de "Marcola", a organização coordenou e desencadeou uma série de atentados contra o Estado, resultando na morte de agentes públicos. No ano de 2006, já com uma estrutura mais rígida e organizada, instituída por Marcola e seus homens mais próximos, a organização deflagrou uma série de rebeliões e atentados, manifestando-se contra ações estatais que a prejudicavam, dentre elas, a transferência de sua liderança para a comarca de Presidente Venceslau. A última manifestação de poder e crueldade se deu no ano de 2012, quando novas ordens advindas da cúpula da organização, determinava a morte de policiais e profissionais da área da segurança pública.

Nessa linha de raciocínio, conclui o Ministério Público que o PCC se caracteriza como grupo criminoso organizado de acordo com o conceito legal e, também, nos termos da definição contida na Convenção das Nações Unidas (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Decreto nº 5.015/2004). Salienta que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Recurso de Apelação nº 0012137-

Acesso ao Sumário

65.2008.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, já reconheceu que a existência dessa organização criminosa é fato notório e, portanto, independe de prova.

Sustenta o nobre Promotor de Justiça que, no bojo da referida célula criminosa, JERRI ADRIANI SANTOS DE JESUS, CARLOS ALBERTO CALIXTO MORAES e Regina Patrícia de Oliveira Ferreira passaram a prestar ativa colaboração com a organização, desempenhando a função vulgarmente conhecida como "elo", que consiste na transmissão de informações do ambiente interno dos presídios para os membros da facção que se encontram em liberdade. Isto se dá por meio da remessa e recebimento de manuscritos contendo informações acerca do desenvolvimento das atividades realizadas nos ambientes interno e externo da prisão, de forma a viabilizar a permanente comunicação entre os integrantes do grupo criminoso e a coordenação de suas atividades.

Narra a denúncia que, no dia 17 de janeiro de 2021, Regina se dirigiu até a Penitenciária acima mencionada com o objetivo de se encontrar com JERRI ADRIANI, o qual, por sua vez, já havia mantido contato com o acusado CARLOS ALBERTO, que lhe havia transmitido manuscritos que deveriam ser levados para fora da Penitenciária por Regina. Ou seja, antes da visita de Regina no dia dos fatos, JERRI e CARLOS ALBERTO escreveu missiva detalhada e meticulosa a respeito da administração, gerenciamento e atividades da organização criminosa, as quais, em sequência, foram entregues a Regina, a quem incumbia dar cargo de algumas tarefas descritas e repassar outras tantas aos integrantes da facção delituosa que se encontram em liberdade.

Assim é que, no dia dos fatos, Regina recebeu cinco manuscritos de CARLOS ALBERTO e JERRI, ocultou-os em suas vestes e com eles se dirigia para fora do estabelecimento prisional. Agentes de segurança penitenciária, contudo, ao desconfiarem de um volume suspeito homiziado nas suas vestes, a qual deixava a unidade prisional após visitar seu companheiro e recluso JERRI ADRIANI, procederam à sua abordagem e localizaram com a visitante os 05 (cinco) manuscritos que foram apreendidos.

Acesso ao Sumário

Consta que o material foi submetido a análise por policiais civis analistas que apontaram conteúdo afeto ao crime organizado, notadamente sobre uma ordem de execução endereçada às pessoas de "Givanildo e Marcondes" para promoverem a morte de "Vila" e de seu irmão "Prego", ambos moradores do "Parque Novo Mundo", além de uma ampla contabilidade relacionada ao "Setor da Ajuda" da facção criminosa, com indicação de valores e contas bancárias para depósitos.

Segundo o Ministério Público, a Polícia Judiciária detectou farto material nitidamente relacionado ao crime organizado, notadamente com alusão a setores da organização criminosa PCC, "saúde" e "gravatas", inclusive com rol de contas bancárias para depósitos, sugerindo uma rede estruturada e organizada

atuando em benefício da organização criminosa para a qual colaboravam ativamente os acusados.

Conclui o Ministério Público que, segundo os elementos preliminares, a organização criminosa PCC criou e/ou passou a financiar uma associação que, apesar de ter como objetivo a tutelados direitos das pessoas presas e seus familiares, constituiria um braço de auxílio às ações da organização criminosa. As missivas apreendidas, nesse sentido, apresentam extensa contabilidade da organização, indicando rol expressivo de contas bancárias com os correspondentes valores de transferências monetárias. Não bastasse, apanha-se do conteúdo dos escritos que neles se inseriu, como dito acima, uma ordem de execução endereçada às pessoas "Ginovaldo" e "Marcondes", ambos moradores do "Parque Novo Mundo", encomendando a morte de "Vila" e "Prego"1.

Foi realizada a análise do conteúdo dos manuscritos. Ademais, foram colhidos materiais caligráficos de JERRI ADRIANI, que os forneceu, e de CARLOS ALBERTO, de quem foram obtidos a partir de seu prontuário na unidade prisional.

Assim, os réus foram denunciados como incursos no art. 2º, *caput*, da Lei 12.850/2013.

Pois bem.

A materialidade do delito está comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 04/06), pelo auto de exibição e apreensão (fl. 07), pelo relatório de investigação (fls. 17/52), pelo laudo pericial (fls. 273/290) pelo relatório final (fls. 436/483), bem como pela prova oral produzida nos autos.

E, a despeito das negativas apresentadas pelos réus, a autoria de integrarem organização criminosa denominada PCC é induvidosa.

Vejamos.

JERRI ADRIANI, em seu interrogatório judicial, negou a imputação. Disse que não pertence a nenhuma organização criminosa. Disse que as contas mencionadas nos manuscritos se referem a débitos decorrentes do período de pandemia. Salientou que sua esposa não queria levar os manuscritos, bem como mencionou que o corréu CARLOS CALIXTO não tem nada a ver com os papéis transportados. Sustentou desconhecer o conteúdo dos manuscritos. Disse que só tinha ciência da contabilidade contida nos manuscritos, pois eram contas do pavilhão. Mencionou que não tinha conhecimento de que os manuscritos encomendavam a morte de pessoas. Disse que somente escreveu de próprio punho uma informação de uma conta para depósito de R$1000,00 para que um detento passasse a ter visitas. Aduziu que apenas colocou um papel pequeno no envelope e não tinha conhecimento do que tinha lá. Sustentou que apenas entregou os manuscritos para sua esposa levar como um favor. Mencionou que não tem má conduta carcerária. Mencionou que o corréu CALIXTO foi envolvido nesse processo pela Diretoria, mesmo porque ele não pediu nada ao interrogando.

Acesso ao Sumário

Salientou que não pegou nada da mão do corréu.

CARLOS ALBERTO, em seu interrogatório judicial, negou participação nos fatos narrados na denúncia. Salientou que chegou a ficar recolhido no "castigo" da unidade prisional em razão da apreensão dos manuscritos. Mencionou que não forneceu material caligráfico para a perícia porque estava sem defensora presente. Disse que foi absolvido no processo administrativo instaurado na unidade prisional em razão do episódio. Sustentou que não tinha contato com o corréu JERRI. Aduziu que as visitas, na época, ocorriam no pátio, em dias distintos de acordo com a matrícula dos presos. Disse que os presos que não tinham visitas no dia ficavam na cela. Mencionou que estava na cela no dia dos fatos, pois a visita de JERRI era em dia distinto à sua. Por fim, repisou que desconhece o conteúdo dos manuscritos.

Helmuth Hans Ramsdorf Júnior, em Juízo, disse que recebeu ordem de serviço da Autoridade Policial, tendo analisado o conteúdo dos manuscritos apreendidos na data dos fatos na Penitenciaria 2 de Presidente Venceslau. Disse que havia menção à contabilidade da organização criminosa, bem como havia menção ao conhecido setor, comumente presente em Orcrim, denominado "Ajuda". Sustentou que o réu cujo vulgo é "He-Man" e a ré REGINA também estavam mencionados nos manuscritos. Apurou que "He-Man" foi identificado como sendo o réu JERRI ADRIANI. Ademais, disse que havia uma planilha contendo nomes e apelidos (vulgos), além de outros manuscritos, inclusive pedindo apoio a duas pessoas, prováveis integrantes da facção, para "por no chão" um tal de "Vila" e o irmão dele, um tal de "Prego". Disse que essa expressão "por no chão" significa matar. Havia também dizeres como "sintonia", além de outros comumente presentes em facção criminosa, como, por exemplo, o fato de uma pessoa com o vulgo "Ferrari" estar mencionando como sendo o responsável por um determinado pavilhão. Disse, ainda, a testemunha que ao réu JERRI, vulgo "He-Man", era atribuída a função de disciplina na facção. Por fim, repisou que nos manuscritos havia diversos termos ligados à organização criminosa. Sobre o exame grafotécnico realizado, tomou ciência de que teve resultado positivo, mas não soube declinar maiores detalhes.

Acesso ao Sumário

Cristimara Patrícia Berra Prassler disse, em Juízo, que data descrita na denúncia, Regina foi visitar seu amásio, JERRI ADRIANI, sendo que na saída foi constatado um volume em suas vestes. Salientou que se tratava de manuscritos, sendo que tais papéis estavam no top utilizado pela ré. Disse que não se lembra se, na época, as visitas estavam sendo feitas no pátio. Confirmou que a ré foi abordada na portaria. Asseverou que não tem acesso aos reclusos da unidade, mas somente à portaria. Por fim, disse que chegou a verificar os manuscritos e notou que se tratava de contabilidade, razão pela qual foram passados à diretoria.

Flávia Iamassaki Staquicini de Paula confirmou, em Juízo, as decla-

rações prestadas na fase administrativa. Disse que, no dia dos fatos, notou o volume no top de Regina na saída da visita. Asseverou que, juntamente com a ASP Cristimara, numa sala reservada, Regina entregou os manuscritos e negou conhecimento de seu teor. A testemunha afirmou que acredita que a ré estava na unidade para visitar o marido, pois somente familiares podem fazer visitas. Mencionou que não sabe dizer quanto tempo e nem a distância entre o local de visitas e a portaria. Disse que não sabe dizer em qual pavilhão o amásio de Regina. Salientou que Regina foi abordada na portaria onde fica a sede administrativa. Mencionou que não sabe dizer se houve um período em que as visitas ocorreram no pátio. Por fim, alegou que não leu o que estava escrito nos manuscritos, nem tampouco sua colega Cristimara.

Michele Saes Miranda disse, em Juízo, que conhece Regina da Penitenciária de Presidente Venceslau, pois também realizava visitas ao seu ex-companheiro. Não sabe de nada que desabone Regina. Mencionou que ela não se envolvia em nada, nem mesmo em compartilhamento de produtos alimentícios antes da entrada. Disse que, quando ia visitar seu marido na unidade, não tinha contato com outros presos, de sorte que Regina também não teria. Salientou que, do raio de visitas que dá acesso ao pavilhão até a portaria, caminhando, dá em torno de uns 2 ou 3 minutos.

Sueli Aparecida Gonçalves Brum, em Juízo, declarou que realiza visitas na Penitenciária 2 de Presidente Venceslau. Confirmou que, na época da pandemia, as visitas ocorriam no pátio. Esclareceu que, quando começou a retomada das visitas, antes de entrar na cela, as visitas ocorriam no pátio. Mencionou que as visitantes não tinham acesso a outros presos. Indagada se já ouviu dizer se Regina já se envolveu em confusão, fofoca, ou se levou recado para outras pessoas, respondeu que não. Mencionou que, saindo do raio de visita, até chegar à portaria, leva em torno 10 a 15 minutos, dependendo da quantidade de pessoas que está saindo.

Regina Patrícia de Oliveira Ferreira, sob o crivo do contraditório, disse que os fatos descritos na denúncia são verdadeiros em parte. Mencionou que não tinha ciência do conteúdo dos papéis que levava na saída da unidade prisional. Disse que nas visitas, na época dos fatos, havia restrições, sendo que normalmente estava visitando seu marido embaixo de uma escada que tinha no raio. Disse que o local estava ficando constrangedor. Posteriormente, no dia dos fatos, resolveram ficar na frente da cela do seu marido (JERRI), sentados na frente da cela dele. Mencionou que, quando estava faltando pouco tempo para ir embora, seu marido pegou um caderno, tirou um envelope de dentro do caderno e praticamente empurrou na direção da interrogada, oportunidade em que ela teria dito: *"o que é isso?"*. Ele teria respondido que são assuntos pessoais, recados familiares, bastando procurar um pessoal lá em São Paulo e entregar aqui isso. Esclareceu que seu marido disse que a pessoa iria procurá-la em São Paulo.

Acesso ao Sumário

Disse que, na ocasião, ficou nervosa e, contrariada, colocou os manuscritos em sua vestimenta e se dirigiu à portaria, local em que, ao passar pelo scanner, foi indagada pela funcionária e entregou os manuscritos. Disse que só teve ciência do conteúdo das missivas na Delegacia de Polícia. Mencionou que, depois de ficar um tempo suspensa de realizar visitas, voltou a visitar seu marido no parlatório, mas ele não chegou a dar muitas explicações sobre o fato. Por fim, disse que não tinha contato com outros presos na unidade em suas visitas e tampouco se envolveu, no passado, em situação semelhante à apurada nos autos.

E, pelo exame das demais provas carreadas aos autos, especialmente o relatório de investigação (fls. 17/52) e o relatório final (fls. 436/483), possível constatar que no curso de investigações relacionadas ao crime de organização criminosa realizadas pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, por meio da Central de Polícia Judiciária de Presidente Venceslau, restaram apreendidos, no dia 17 de janeiro de 2021, junto a Regina Patrícia de Oliveira Ferreira, por ocasião da saída de sua visita à Penitenciária 2 de Presidente Venceslau, após visita a seu companheiro JERRI ADRIANI SANTOS DE JESUS, 05 (cinco) folhas de papeis manuscritas em frente e verso, onde constam termos próprios de organização criminosa, como: *"sintonia", "irmãos", "ponteiros", "Final", "Comando" e "Comandeiro"*.

Constatou-se, ainda, que os remetentes dos manuscritos pediam apoio para executar um indivíduo apelidado de *"Vila"* e o irmão dele, vulgo *"Prego"*, que seriam moradores do Parque Novo Mundo.

Nesse sentido, consta dos manuscritos a seguinte ordem de execução: *"... Para Por no chão ele e o irmão dele o Prego..."* (sic).

Possível verificar, ainda, que a execução daqueles indivíduos foi decidida por líderes da facção, já que os manuscritos mencionam que a liderança que estava na Penitenciária 2 de Presidente Venceslau, além de outros tinham ciência de seu conteúdo, nos seguintes termos: *"...Essas ideias foi a Final que acompanhou na época tanto daqui de "W2" o "Chacal" como os ponteiros aí na rua o "Bunda branca EVOQUE" tem ciência dessas ideias..."* (sic).

Constam, também, dos referidos manuscritos, planilhas com descrição de valores e respectivos favorecidos. A respeito, sabe-se, conforme apontado pelo Ministério Público em observância a investigações de combate ao crime organizado, que tais planilhas são destinadas ao *"setor da ajuda"* da organização criminosa, para controle e distribuição de valores mensais destinados a recompensar membros da facção recolhidos em presídios, proporcionais aos *"cargos"* que ocupam na hierarquia da facção e/ou conforme o cumprimento de *"missões"*.

Com efeito, o meticuloso e detalhado exame do material apreendido, elaborado pela Polícia Judiciária, dá conta de que seu conteúdo está totalmente relacionado ao crime organizado, evidenciando organizada rede de apoio aos

Acesso ao Sumário

seus integrantes.

E, ao contrário do que quer fazer crer a Defesa de cada um dos acusados, restou devidamente comprovado, através de exame grafotécnico, que os manuscritos foram escritos pelos recorrentes.

JERRI ADRIANO forneceu, espontaneamente, material que possibilitou confrontar as grafias, conforme auto de colheita de material gráfico (fl. 71). Destarte, o laudo pericial apontou, expressamente, que foram *"detectadas diversas e expressivas convergências gráficas, tanto de ordem geral quanto de ordem genética de escrita que indicam que o manuscrito 1 (exceto o trecho em azul no anverso) partiu do punho escritor do padrão A, Auto de colheita em nome de Jerry Adriano Santos de Jesus"* (fl. 289).

CARLOS ALBERTO, por sua vez, negou-se a fornecer material para perícia (fl. 74). Contudo foi possível, através de cópias de escritos de seus prontuários (fls. 194/196 e 205/213), colher material que, confrontado com a grafia dos manuscritos apreendidos, possibilitou detectar *"diversas e expressivas convergências gráficas, tanto de ordem geral quanto de ordem genética de escrita que indicam que o manuscrito 2 partiu do punho escritor do padrão B"* (fl. 289).

No ponto, saliento que a realização de exame grafotécnico, com base comparativa em material gráfico de origem lícita, independe de autorização do investigado.

Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, já sob a égide do ordenamento constitucional vigente, que o sigilo de correspondência não é absoluto, tendo conferido validade à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, *"eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas"* (HC nº 70.814/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 24/6/94). Tenha-se em mente, destarte, que face a concepção constitucional moderna inexistem garantias individuais de ordem absoluta, mormente com escopo de salvaguardar práticas ilícitas.

Não restam dúvidas, pois, que parte dos manuscritos apreendidos são de autoria dos acusados.

Por oportuno, cumpre ressaltar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica quanto à validade da prova testemunhal prestada por agentes policiais que tenham participado das diligências que culminaram na captura dos investigados ou em sua prisão em flagrante. Isso porque não se afigura razoável afastar a validade de depoimentos prestados por policiais com fundamento tão-somente na respectiva condição funcional, já que estes também são submetidos ao crivo do contraditório, como qualquer outra testemunha.

Com efeito, seria um contrassenso o Estado dar-lhes crédito para atuar na prevenção e repressão da criminalidade e negar-lhes esse mesmo crédito quando, perante o Estado-juiz, prestam conta de suas atividades.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, confira-se:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 157, CAPUT, CP. ROUBO CONSUMADO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 226 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição do recorrente seria necessário novo exame do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 2. Quanto à suposta inobservância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido que, "estando a sentença condenatória, quanto à autoria delitiva, respaldada em outros elementos probatórios e não somente no reconhecimento por parte da vítima na delegacia, não há que se falar em nulidade por desobediência às formalidades insculpidas no art. 226, II, do CPP" (AgRg no REsp n. 1.314.685/SP, Rel. o Ministro JORGE MUSSI, DJe de 14/9/2012). 3. De acordo com o entendimento desta Corte, "o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal" (HC 267.025/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 22/05/2013). 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no AREsp nº 1011751/BA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 04/05/2017).

In casu, a prova oral, aliada à documental, especialmente, os relatórios de investigação (fls. 17/52 e 436/483), que contam com descrição detalhada de como se deu a identificação dos acusados, revelam-se robustos elementos de convicção mais do que suficientes para justificar o édito condenatório.

A análise do material apreendido revelou que Jerri Adriano e Carlos Roberto mantinham envolvimento com facção criminosa. Aliás, o ofício 73/2021 - RDO 90/2021, dá conta de que Jerri Adriano é integrante da denominada Primeiro Comando da Capital - PCC.

Acesso ao Sumário

No que diz respeito à existência do PCC, imperioso reconhecer que fatos notórios independem de prova. O PCC é bem conhecido por qualquer indivíduo comum como responsável por diversas ações criminosas.

Ressalta-se, ainda, que o delito de organização criminosa é formal, de perigo abstrato e autônomo.

Nesse sentido é o entendimento desta Colenda Câmara:

"Organização Criminosa, associação para o tráfico e tráfico ilícito de entorpecentes - Sentença Condenatória parcialmente procedente - Recursos Defensivos buscando absolvição plena por insuficiência probatória e redução das penas - Recurso Ministerial pleiteando a condenação de todos nos exatos

termos da exordial - Preliminar da Defesa buscando conversão do julgamento em diligência para que o acusado Yago seja submetido a exame de dependência toxicológica - Sentenciado, nas oportunidades em que foi ouvido, manifestou-se de forma a bem exercer o seu direito de auto-defesa e expor sua versão dos fatos, nada havendo que pudesse provocar sequer desconfiança sobre sua plena imputabilidade penal - Preliminar afastada - Alegação ausência de autoria ante a necessidade de realização de perícia das vozes captadas nas conversas gravadas - Prescindibilidade da realização de perícia espectrográfica - Não há necessidade de submissão das conversas telefônicas a perícia para que elas tenham valor probatório, cabendo à defesa, não concordando com a interpretação dada pela acusação ou pelo juízo, impugnar fundamentadamente determinado diálogo telefônico - Materialidade e autoria delitivas restaram seguramente demonstradas por vários outros elementos de convicção amealhados aos autos - Mérito - Organização Criminosa e Associação ao tráfico de drogas: Autorias e materialidades delitivas comprovadas por extensivo conjunto probatório colhido quando das interceptações telefônicas - Depoimentos policiais coerentes e sem desmentidos - Liame subjetivo duradouro entre os acusados e seus comparsas para a prática do tráfico de drogas e crimes contra o patrimônio - Delito de organização criminosa que se trata de crime formal, de perigo abstrato e autônomo, e independe de perpetração de qualquer outro delito para sua consumação - Comprovação escorreita de integração em organização criminosa armada, voltada à prática de crimes diversos - Prática do crime de associação ao tráfico de entorpecentes corroborada pelas provas permeadas aos autos - Delitos autônomos e bens jurídicos distintos - Precedentes - Condenação pela organização criminosa mantida, decretada a condenação pela associação ao tráfico de drogas nesta Instância - Absolvição de Claudio mantida - Vínculo de estabilidade e permanência não confirmado - Incidência do princípio in dubio pro reo - Tráfico de drogas: Autoria e materialidade delitiva comprovadas - Inequívoca a traficância pela quantidade de droga apreendida, sua forma de acondicionamento e circunstâncias do delito, bem como pela quantidade de entorpecentes apreendidos (105,594 kg de maconha; 10,814 kg de cocaína; 5,120 kg de pasta base de cocaína; 11 microtubos de cocaína - 7,85g; e 01 pedra de crack - 59,0g) Tipo penal de ação múltipla - Prática de quaisquer das condutas previstas - A cooperação mútua e voluntária dos acusados, torna todos igualmente coautores, sujeitando-os às sanções previstas no art. 33 , caput, da Lei 11.343 /06, nos termos do artigo 29 do Código Penal - Condenação dos corréus David e Weliton decretada - Dosimetria - Penas fixadas observado o regramento aplicável artigos 42 da lei de drogas e 59 do Código Penal - Penas bases mantidas - Aumento impingido que se revelou proporcional - Circunstâncias dos crimes deveras reprováveis que devem repercutir negativamente nas penas - Aquele que integra poderosa organização criminosa, e principalmente o PCC, uma

Acesso ao Sumário

das maiores facções criminosas do país, é detentor de personalidade perigosa e culpabilidade acima da média - Apelantes Yago, Jéssica e Weliton que exerciam posição relevante na teia criminosa - Penas reduzidas na Segunda Fase, quanto aos crimes de Organização Criminosa e Associação para o Tráfico por ser configurarem reincidências genéricas - Pleito de reconhecimento da circunstância atenuante inonimada (66 do Código Penal) - Instituto que pressupõe fato a indicar uma menor culpabilidade dos acusados, o que não se consubstancia nas circunstâncias elencadas pela defesa - Presente a majorante constante no art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/13 (emprego de arma de fogo) - Apreensão e perícia de arma de fogo com um dos integrantes - Prescindível que todos os indivíduos que pertençam ao grupo se valham de tal aparato, bastando restar comprovado, como aqui está, que a organização se aproveitasse de arma de fogo para exercício de sua atividade espúria - Poderio bélico da referida facção que é de conhecimento notório - Impossibilidade de concessão do redutor porque ausentes os requisitos legais - Impossibilidade do reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no artigo 46 da Lei 11343/06 - Em que pese o apelante Yago afirmar ser usuário de entorpecentes, nada há nos autos a demonstrar que sua capacidade cognitivo-volitiva estivesse afetada no momento dos crimes a ele imputados - Concurso material de crimes - Regime fechado de rigor - Substituição das reprimendas por restritivas de direitos ou "sursis" inaplicáveis - Recursos ministerial e defensivos parcialmente providos". (Apelação Criminal n. 0013145-05.2019.8.26.0602, Rel. Fátima Vilas Boas Cruz, DJ em 27/09/2022).

E mais:

"Em se tratando de crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, consuma-se o crime de organização criminosa com a simples associação de quatro ou mais pessoas para a prática de crimes com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional, pondo em risco, presumidamente, a paz pública. Sua consumação independe, portanto, da prática de qualquer ilícito pelos agentes reunidos na societas delinquentium. Trata-se, portanto, de crime de perigo abstrato cometido contra a coletividade (crime vago), punindo-se o simples fato de se figurar como integrante do grupo." (Lima, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único Renato Brasileiro de Lima - 8. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: JusPODIVM, 2020, pág. 776).

Sendo assim, não há como afastar-se a condenação dos acusados Carlos Roberto Calixto Moraes e Jerri Adriani Santos de Jesus pelo crime previsto no artigo 2º, da Lei nº 12.850/2013.

A dosimetria tampouco merece reparos.

Carlos Roberto Calixto Moraes

Na primeira fase, verifica-se que as circunstâncias judiciais são de fato desfavoráveis, considerando especialmente a periculosidade e amplitude de

atuação do PCC, que possui notadamente representantes até mesmo em âmbito internacional.

No mais, como bem destacado pelo magistrado sentenciante, a maior culpabilidade do acusado é manifesta já que, mesmo cumprindo pena em unidade prisional de segurança máxima, continuou na atividade criminal, passando ordens de condutas a integrantes da organização que se encontram fora do sistema prisional

Foram considerados, ainda, os maus antecedentes criminais do acusado (fls. 661/664), com exceção da condenação verificada no processo nº 0868759-14.1999.8.26.003, relegada à verificação da reincidência.

Assim, mantém-se a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 13 dias-multa.

Na segunda fase, considerada a reincidência (processo nº 0868759-14.1999.8.26.003), a reprimenda sofreu acréscimo de 1/3, e, sem outras causas de modificação, restou definitivamente fixada em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa, no piso.

Diante da gravidade em concreto do delito, o regime fechado para o início do cumprimento da pena há de ser preservado, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

A respeito, confira-se:

"Receptação. Artigo 180, caput, CP. Posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Artigo 16, da Lei nº 10.826/03. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Artigo 12, da Lei nº 10.826/03. ***Organização Criminosa. Artigo 2º, § 2º, Lei 12.850/13.*** *Preliminar de incompetência do juízo afastada. Juízo sentenciante amplamente competente, pois nestes autos apura-se apenas os delitos ocorridos nesta capital, onde foram apreendidas em poder dos corréus inúmeras munições, armas, explosivos e veículos de origem espúria, demonstrando claramente ser a sede da organização criminosa, formada pelos apelantes para a prática de outros delitos de roubo. Mérito - Conjunto probatório robusto para lastrear o decreto condenatório de ambos os corréus pelos delitos a eles imputados. Testemunho dos policiais harmônico e coerente. Negativa dos réus restou isolada. Condenação mantida. Delito de organização criminosa. Necessária a condenação dos corréus. Sociedade criminosa da qual os mesmos faziam parte restou caracterizada com todos os seus contornos. Indivíduos que voluntariamente se associaram para planejar e executar delitos. Organização criminosa, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão informal de tarefas, com o objetivo de vantagem financeira mediante a prática de delitos com emprego de arma de fogo que se consumava e se estendia no tempo. Pena inalterada. Adequa-se perfeitamente ao caso.* ***Regime fechado inicial mantido. Único regime que se mostra compatível com as circunstâncias e a reprovabilidade dos crimes.*** *Recursos improvidos"* (Apelação nº 0083327-57.2018.8.26.0050, Rel.

Freitas Filho, 7ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, DJ de 18/09/2019 - grifo nosso).

Em verdade, o *quantum* de pena aplicada não autoriza, por si só, a fixação de regime mais brando, quando outros elementos referentes ao crime praticado e às condições pessoais dos condenados, devidamente avaliados pelo Juízo da condenação, recomendam o cumprimento inicial da pena em regime mais severo, como é o caso dos autos.

Inviável, ainda, a substituição da pena por restritiva de direitos, não preenchidos os requisitos do artigo 44, do Código Penal.

Jerri Adriani Santos de Jesus

Na primeira fase, verifica-se que as circunstâncias judiciais são de fato desfavoráveis, considerando especialmente a periculosidade e amplitude de atuação do PCC, que possui notadamente representantes até mesmo em âmbito internacional.

No mais, como bem destacado pelo magistrado sentenciante, a maior culpabilidade do acusado é manifesta já que, mesmo cumprindo pena em unidade prisional de segurança máxima, continuou na atividade criminal, passando ordens de condutas a integrantes da organização que se encontram fora do sistema prisional

Foram considerados, ainda, os maus antecedentes criminais do acusado (fls. 665/671), com exceção da condenação verificada no processo nº 0000628-20.2002.403.6104, relegada à verificação da reincidência.

Assim, mantém-se a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 13 dias-multa.

Na segunda fase, considerada a reincidência (processo nº 0000628-20.2002.403.6104), a reprimenda sofreu acréscimo de 1/3, e, sem outras causas de modificação, restou definitivamente fixada em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa, no piso.

Diante da gravidade em concreto do delito, o regime fechado para o início do cumprimento da pena há de ser preservado, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

A respeito, confira-se:

"Receptação. Artigo 180, caput, CP. Posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Artigo 16, da Lei nº 10.826/03. Posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Artigo 12, da Lei nº 10.826/03. ***Organização Criminosa. Artigo 2º, § 2º, Lei 12.850/13.*** *Preliminar de incompetência do juízo afastada. Juízo sentenciante amplamente competente, pois nestes autos apura-se apenas os delitos ocorridos nesta capital, onde foram apreendidas em poder dos corréus inúmeras munições, armas, explosivos e veículos de origem espúria, demonstrando claramente ser a sede da organização criminosa, formada pelos apelantes para a prática de outros delitos de roubo. Mérito - Conjunto probatório robusto para*

lastrear o decreto condenatório de ambos os corréus pelos delitos a eles imputados. Testemunho dos policiais harmônico e coerente. Negativa dos réus restou isolada. Condenação mantida. Delito de organização criminosa. Necessária a condenação dos corréus. Sociedade criminosa da qual os mesmos faziam parte restou caracterizada com todos os seus contornos. Indivíduos que voluntariamente se associaram para planejar e executar delitos. Organização criminosa, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão informal de tarefas, com o objetivo de vantagem financeira mediante a prática de delitos com emprego de arma de fogo que se consumava e se estendia no tempo. Pena inalterada. Adequa-se perfeitamente ao caso. ***Regime fechado inicial mantido. Único regime que se mostra compatível com as circunstâncias e a reprovabilidade dos crimes.*** *Recursos improvidos"* (Apelação nº 0083327-57.2018.8.26.0050, Rel. Freitas Filho, 7ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, DJ de 18/09/2019 - grifo nosso).

Em verdade, o *quantum* de pena aplicada não autoriza, por si só, a fixação de regime mais brando, quando outros elementos referentes ao crime praticado e às condições pessoais dos condenados, devidamente avaliados pelo Juízo da condenação, recomendam o cumprimento inicial da pena em regime mais severo, como é o caso dos autos.

Inviável, ainda, a substituição da pena por restritiva de direitos, não preenchidos os requisitos do artigo 44, do Código Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso, mantendo, na íntegra, a r. sentença recorrida.

Embargos Infringentes

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 1512564-63.2022.8.26.0228/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante RODRIGO CESARIO SILVA e Interessado JULIO PEREIRA DOS SANTOS, é embargado COLENDA 3ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, REJEITARAM os embargos infringentes opostos por Rodrigo Cesário Silva, mantendo a sua condenação nos exatos termos fixados pelo v. acórdão embargado. Vencido o E. 3º Juiz, Des. Gilberto Cruz, que os acolhia", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto**

Acesso ao Sumário

nº 44.903)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TOLOZA NETO (Presidente), RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, GILBERTO CRUZ, JAYME WALMER DE FREITAS e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 4 de dezembro de 2023.

TOLOZA NETO, Relator

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. ROUBO E EXTORSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. A divergência devolvida à apreciação do Tribunal limita-se à possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão praticados no mesmo contexto fático. São requisitos para o reconhecimento da continuidade delitiva, nos termos do artigo 71 do Código Penal, (i) a pluralidade de condutas; (ii) a pluralidade de crimes da mesma espécie; e (iii) a existência de um elo de continuidade entre todos eles, evidenciado pela identidade entre as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. No presente caso, embora haja uma multiplicidade de condutas e seja possível visualizar um elo de continuidade entre todas elas, não há pluralidade de crimes da mesma espécie ou seja, não foi atendido o seguindo requisito supramencionado.

2. Os crimes de roubo e extorsão, embora tutelem o mesmo bem jurídico, não são considerados de mesma espécie (STJ. AgRg no HC n. 778.386/SP; AgRg no HC n. 790.587/SP. STF. HC 113900).

3. Embargos rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos infringentes opostos por **Rodrigo Cesário da Silva** contra o v. acórdão de fls. 449/460 dos autos originais, que, por maioria de votos, negou provimento ao recurso defensivo, mantendo a condenação do embargante como incurso no artigo 157, § 2º, incisos II e V, por duas vezes, ambos em concurso formal de crimes, e, também, no artigo 158, §§ 1º e 3º, todos do Código Penal, agora, em concurso material de crimes, nos termos do artigo 69 do mesmo Diploma Legal.

Inconformado e com base na divergência apontada no voto do Eminente

Desembargador Gilberto Ferreira da Cruz, que deu parcial provimento ao recurso e reconheceu a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, reduzindo a pena para 10 (dez) anos e 8 (oito) meses, além do pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, calculados no mínimo legal, tendo sido vencedores os Eminentes Desembargadores Luiz Antonio Cardoso e Jayme Walmer de Freitas, que mantiveram a r. sentença condenatória, o embargante interpõe o presente recurso, em que sustenta estar correto o voto vencido, pois, de acordo com a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ambos os crimes devem ser considerados da mesma espécie, pois tutelam o mesmo bem jurídico.

Pelo despacho de fls. 08, foram os embargos infringentes recebidos.

O Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento dos embargos.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Passo a fundamentar meu voto.

Por ser tempestivo e atender a todos os requisitos legais, o recurso comporta conhecimento.

No mérito, os embargos infringentes não merecem acolhida.

Não há dúvidas de que o recorrente praticou os crimes de roubo e extorsão no mesmo contexto fático, conforme descrito na peça acusatória, pois, além de ter sido confessado em Juízo, tal fato foi reconhecido em primeira e segunda instâncias e não foi devolvido ao Tribunal mediante a oposição dos presentes embargos.

A divergência cinge-se à possibilidade do reconhecimento da continuidade delitiva entre ambos os crimes.

São requisitos para o reconhecimento da continuidade delitiva, nos termos do artigo 71 do Código Penal, **(i)** a pluralidade de condutas; **(ii)** a pluralidade de crimes da mesma espécie; e **(iii)** a existência de um elo de continuidade entre todos eles, evidenciado pela identidade entre as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

No presente caso, embora haja uma multiplicidade de condutas e seja possível visualizar um elo de continuidade entre todas elas, não há pluralidade de crimes da mesma espécie - ou seja, não foi atendido o seguindo requisito supramencionado.

A jurisprudência pátria entende pacificamente que os crimes de roubo e extorsão, embora tutelem o mesmo bem jurídico, não podem ser considerados de mesma espécie.

"Consoante remansosa jurisprudência deste Sodalício, não há continui-

Acesso ao Sumário

dade delitiva entre roubo e extorsão, tendo em vista que se tratam de crimes de espécie diferentes" (STJ. 6ª Turma. AgRg no HC n. 778.386/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 28/8/2023).

"A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de ser 'inviável o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e de extorsão, por se tratarem de delitos de espécies distintas, ainda que cometidos no mesmo contexto temporal' (HC n. 552.481/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 18/2/2020, DJe 2/3/2020)" (STJ. 5ª Turma. AgRg no HC n. 790.587/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 9/5/2023).

"É clássica a jurisprudência desta Corte no sentido de que os delitos de roubo e de extorsão praticados mediante condutas autônomas e subsequentes (a) não se qualificam como fato típico único; e (b) por se tratar de crimes de espécies distintas, é inviável o reconhecimento da continuidade delitiva (CP, art. 71)" (STF. 2ª Turma. HC 113900, relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 04/11/2014).

Não se vislumbra qualquer particularidade no presente caso apta ao afastamento da jurisprudência sobre o tema.

A circunstância de ter sido o crime de extorsão praticado como um desdobramento do roubo é mesmo inerente à continuidade delitiva, conforme alegado pela Defesa, já que demonstra o elo de continuidade entre ambos os delitos, mas, por si só, não é suficiente à caracterização do instituto, sendo necessário o atendimento de todos os demais requisitos supramencionados, inclusive aquele da identidade de espécies entre os crimes praticados - o que não se verificou no presente caso.

Desta forma, considerando não terem sido preenchidos os requisitos para o reconhecimento da continuidade delitiva, em razão da inexistência de identidade entre os crimes de roubo e extorsão, **REJEITO** os embargos infringentes opostos por **Rodrigo Cesário Silva**, mantendo a sua condenação nos exatos termos fixados pelo v. acórdão embargado.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Habeas Corpus Criminal nº 2217044-14.2023.8.26.0000, da Comarca de Assis, em que são impetrantes THIERS RIBEIRO DA CRUZ e BRUNA COUTO FERREIRA RIBEIRO DA CRUZ e Paciente RODRIGO DA SILVA AZEVEDO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte e na parte conhecida, denegaram a ordem. V.U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Thiers Ribeiro da Cruz e usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.612)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 24 de outubro de 2023.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS - Tráfico de drogas - Questões de mérito - Não conhecimento - Alegada ilegalidade da prisão - Eventual nulidade do auto de prisão em flagrante superada com a decretação da prisão preventiva - Pleito de revogação da custódia cautelar – Impossibilidade - Decisão suficientemente fundamentada - Apreensão de mais de 250 quilos de maconha, droga que estava sendo transportada entre Estados da Federação - Réu reincidente específico - Inteligência dos artigos 312 e 313, I e II, do CPP - Inexistência de constrangimento ilegal - Ordem parcialmente conhecida e, neste âmbito, denegada.

VOTO

Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pelos advogados Thiers Ribeiro da Cruz e Bruna Couto Ferreira Ribeiro da Cruz, em favor de **RODRIGO DA SILVA AZEVEDO**, que estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Assis.

Narram, de início, que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, sendo decretada a prisão preventiva.

Alegam, em síntese, a ausência dos requisitos que autorizam a manutenção da prisão, bem como que a decisão combatida carece de fundamentação idônea, eis que baseada em argumentos genéricos, na gravidade abstrata do delito, na garantia da ordem pública, bem como para impedir a reiteração delitiva. Alegam, ademais, a ausência de enfrentamento técnico do art. 319, do Código de Processo Penal, uma vez que cabíveis medidas cautelares diversas do cárcere.

Relatam que os policiais rodoviários interrogaram o paciente sem a presença de um advogado e sem informá-lo sobre o seu direito de permanecer em silêncio, o que viola o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Debruçando-se sobre questões relativas ao mérito da ação penal, sustentam que com o paciente não foram apreendidos entorpecentes e que os policiais não o viram praticar qualquer ato de traficância.

Ressaltam que o paciente possui residência fixa, ocupação lícita e família constituída, sendo certo que, em caso de eventual condenação, poderá ser fixado regime inicial diverso do fechado. Nesse contexto, com fundamento nos princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade, sustentam o caráter excepcional da custódia, diante da possibilidade de imposição de medidas cautelares alternativas.

Requerem, assim, a revogação da prisão preventiva mediante a imposição de medidas cautelares alternativas, expedindo-se o competente alvará de soltura (fls. 01/21).

A liminar foi indeferida (fls. 267/270).

Foram prestadas as informações de estilo (fls. 273/275) e a Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pela denegação da ordem (fls. 281/283).

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que, em tese, no dia 08 de agosto de 2023, por volta das 11h, tendo por local a Rodovia Miguel Jubran, Km 424, Vila Água Bonita, no Município de Tarumã, na comarca de Assis, **RODRIGO DA SILVA AZEVEDO**, Rafael Domingos Coelho, José Antonio de Carvalho e Roberto Chaves Junior, mediante prévio ajuste de vontades, com unidade de propósitos, transportavam, entre Estados da Federação, para posterior entrega ao consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 361 (trezentos e sessenta e um) "tijolos" de maconha, com peso líquido total de 251,69kg (duzentos e cinquenta e um quilos e sessenta e nove centigramas).

Segundo consta da denúncia, *"(...) os denunciados, partindo do Município de Umuarama/PR, transportavam referidos "tijolos" de maconha, no interior do veículo "GM/S10", placas AWY9F15, de cor branca, para posteriormente entregá-los a terceiros na Cidade de São Paulo/SP. Ocorre que a guarnição da Polícia Militar Rodoviária composta pelos policiais Luís Gustavo da Silva Schwarz e Luiz Fernando dos Santos, durante patrulhamento, observaram o momento em que Rodrigo, conduzindo o veículo "VW/Polo", placas FSX4437, de cor azul; Roberto, conduzindo o veículo "HyundaiHB20", placas OQI5J86, de cor preta; bem como José Antônio e Rafael, respectivamente, condutor e passageiro do referido "GM/S10"; adentraram ao pátio do posto de combustíveis situado no referido local, oportunidade em que os dois primeiros desembarcaram dos automóveis em que estavam e foram até o "GM/S10", passando a conversar com os dois últimos. Ato seguinte, os denunciados adentraram ao restaurante existente no local e, ali, dispensaram a chave do "GM/S10" em um balcão. Ao saírem do restaurante, diante do comportamento suspeito, os*

Acesso ao Sumário

acusados foram abordados pelos policiais. Durante revista pessoal e veicular, os militares localizaram os referidos trezentos e sessenta e um "tijolos" de maconha, embalados em invólucros plásticos fechados, no interior do "GM/S10"; cinco telefones celulares, sendo um com Roberto, um com José Antonio, um com Rafael e dois com Rodrigo; além das quantias de R$ 4.842,00 (quatro mil, oitocentos e quarenta e dois reais) com Rafael, e de R$ 204,00 (duzentos e quatro reais) com José Antonio. Diante desse cenário, caracterizador da prática do crime de tráfico de drogas, os policiais militares prenderam Rodrigo, Roberto, José Antonio e Rafael em flagrante, conduzindo-os até a Delegacia de Polícia, onde foram formalmente autuados. Tudo foi apreendido a fls. 64/66. A droga foi submetida a exames periciais, sendo atestado que se tratava mesmo de maconha - laudos de fls. 116/119 e 320/322. Aos policiais militares, informalmente, José Antonio informou que receberia a quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais) pelo transporte da droga, partindo de Umuarama/PR, com destino a São Paulo/SP. Rafael, por sua vez, disse que foi contratado por José Antonio e que receberia a quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais) para transportar a droga até São Paulo. Rodrigo afirmou ter sido contratado por um desconhecido para acompanhar o "GM/S10" até São Paulo, devendo avisar sobre a existência de fiscalizações policiais durante o trajeto, sendo que receberia o valor de R$ 1.000,00 (hum mil reais) pelo serviço, sustentando, porém, desconhecer a existência da droga no "GM/S10". Roberto, dizendo que apenas se manifestaria em Juízo, usou a seguinte expressão aos policiais militares: "a casa caiu", indicativa, juntamente com o quadro até aqui descrito, de que também estava envolvido na atividade ilícita correspondente ao transporte da droga." (fls. 318/384 dos autos de origem).

Pois bem.

O presente *habeas corpus* comporta parcial conhecimento, devendo, no mais, ser denegado.

Primeiramente, importante registrar que a prática do crime pelo qual o paciente está sendo acusado só pode ser examinada em sede de cognição exauriente, uma vez que as alegações atinentes à autoria do delito exigem profunda análise do conjunto fático-probatório, o que é incompatível esta estreita via do *habeas corpus*.

É a jurisprudência dominante:

> *"Inviável se mostra a análise da tese relativa à insuficiência de provas para embasar o decreto condenatório, visto que o habeas corpus, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, é marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao*

Acesso ao Sumário

processo de conhecimento" ***(STF; HC 71372/MS; Min. Arnaldo Esteves Lima, DJE 21.02.2008).***

"Exame de provas em habeas corpus é cabível desde que simples, não contraditória e que não deixe alternativa à convicção do julgador" ***(STF; HC; rel. Min. Clóvis Ramalhete; DJU 18.9.81, p. 9.157).***

No que tange à aventada ilegalidade da prisão em flagrante, há de se sublinhar que o paciente não está mais preso em razão do auto de prisão em flagrante, mas, sim, em decorrência de decisão bem fundamentada que lhe decretou a prisão preventiva, razão pela eventual arguição de nulidade não merece prosperar, eis que resta superada.

Nesse sentido já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO, DISPARO DE ARMA DE FOGO E CORRUPÇÃO DE MENORES. NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. NÃO OCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 302, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. QUESTÃO SUPERADA. RECURSO DESPROVIDO. As instâncias ordinárias demonstraram que os Recorrentes foram presos em evidente situação de flagrante, pois encontrados, em tempo razoável, após a prática do crime de roubo, depois de breve perseguição, na posse dos valores roubados e de arma subtraída do segurança do banco vítima, em situação na qual se presumia serem eles autores da infração, nos termos do art. 302, incisos III e IV, do Código de Processo Penal. Ademais, com a conversão da prisão em preventiva, a tese de nulidade da prisão em flagrante encontra-se superada, pois há novo título a embasar a custódia cautelar. Precedentes. Recurso desprovido. (RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 41.602/RS RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ 5ª Turma, grifei).

Importante registrar, ademais, que, quando formalmente interrogado pela autoridade policial, na presença do advogado Dr. Adecildo Bezerra da Silva (OAB 436.727 - fls. 50), *"(...) foi o (a) interrogado(a) cientificado(a) pela Autoridade Policial quanto aos seus direitos individuais constitucionalmente previstos, em especial os de receber assistência de familiares ou de advogado que indicar, de não ser identificado criminalmente senão nas hipóteses legais, de ter respeitadas suas integridades física e moral, de manter-se em silêncio e/ou declinar informações que reputar úteis à sua autodefesa, de conhecer a identidade do autor de sua prisão e, se admitida, prestar fiança, se o caso for"*. (fls. 45).

Inexiste, portanto, violação ao art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, pois devidamente observada a determinação de referido dispositivo legal.

No mais, não se verifica a existência de qualquer ilegalidade na decisão combatida, que pontuou, além da existência de prova da materialidade e

Acesso ao Sumário

indícios suficientes de autoria, elementos concretos do caso em análise para fundamentar a decretação da medida, nos seguintes termos: *"(...) no caso dos autos, a materialidade do crime e os indícios de autoria se encontram indelevelmente demonstrados pelos elementos de informação coligidos em solo policial. Neste sentido, convém registrar que a pena prevista para o crime em questão, inafiançável (art. 323 CPP), alcança montante superior a 4 anos de prisão, conforme reclama a lei. Os fatos narrados no auto de comunicação de prisão em flagrante autorizam a adoção da medida extrema com fundamento na garantia da ordem pública, concretamente ameaça, que abrange a adoção de medidas preventivas tendentes a tutela dos superiores bens jurídicos da incolumidade das pessoas e do patrimônio, constituindo-se explícito "dever do Estado, direito e responsabilidade de todos" (art. 144 da CF/88), bem como a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, com o aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência. De fato, aos custodiados imputa-se a prática de crime extremamente gravoso, tráfico interestadual, que se constitui como mola propulsora de vários outros delitos, não só contra o patrimônio, mas também contra a vida humana.* ***Existe lastro factual idôneo a ensejar a prisão cautelar, notadamente no caso concreto, diante da expressiva quantidade de droga apreendida (361 tabletes de "maconha", com peso líquido de 251,69 kg), que indicam, ao menos nessa etapa inicial de investigação, profundo relacionamento dos envolvidos, que agiam de forma articulada, para a prática de tráfico interestadual, com a utilização, inclusive, de "batedores" ao longo de seu deslocamento.*** *Deste modo, tratando-se de crime dotado de absoluta gravidade concreta, decorrente da grande quantidade de entorpecentes apreendidos (sendo o tráfico de drogas equiparado a crime hediondo), cumpre neste momento prevenir a reprodução de novos delitos, havendo motivação concreta para assentar a prisão ante tempus (STF, HC 95.118/SP, 94.999/SP, 94.828/SP e 93.913/SC), não como antecipação de pena, mas como expediente de socorro à ordem pública, fazendo cessar emergencialmente as práticas delituosas. Observo, ainda, que nenhum dos custodiados possuem vinculação com o distrito da culpa, sendo a custódia cautelar também necessária para assegurar eventual aplicação da lei penal. Ademais,* ***vislumbra-se que o custodiado Rodrigo da Silva Azevedo é reincidente específico (condenação definitiva nos autos nº 13639-21.2014.8.23.0596)*** *e Roberto Chaves Júnior responde atualmente a outro processo por fato análogo, encontrando-se no gozo de liberdade provisória (autos nº 1502873-79.2020.8.26.0362). Diante deste cenário e dos elementos de informação que circundam o caso vertente, revela-se a necessidade de assegurar a ordem pública concretamente ameaçada, a fim de evitar a reiteração delitiva. (...) Importante frisar que a consagração da presunção de inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal vigente, não importou em*

Acesso ao Sumário

revogação das modalidades de prisão de natureza processual. A própria Constituição ressalva expressamente no inciso LXI, do mesmo artigo, a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem escrita de autoridade judiciária competente (nesse sentido: RT 649/275, TJSP-RT 701/316). Deixo de converter o flagrante em prisão domiciliar porque ausentes os requisitos previstos no artigo 318 do Código de Processo Penal. Deixo, ainda, de aplicar qualquer das medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Isso porque nenhuma delas é efetivamente apta a afastar o acusado do convívio social, razão pela qual seriam, na hipótese, absolutamente ineficazes para a garantia da ordem pública." (g.n. - fls. 257/265).

Não há que se falar, portanto, em ausência de motivação adequada ou ofensa ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

A propósito:

"A manutenção da custódia pela Magistrada na Primeira Instância foi devidamente justificada, não havendo como se cogitar de falta de fundamentação que pudesse inquinar de nula a respectiva decisão que abordou com objetividade a ausência dos requisitos para a obtenção da liberdade" ***(TJSP, Habeas Corpus nº 1.026.377.3-2, 14ª Câmara Criminal, Rel. DES. DÉCIO BARRETTI, j. 08/02/2007).***

Não se olvida que o art. 313, do Código de Processo Penal, dispõe que será admitida a prisão preventiva nos casos em que o crime imputado seja doloso e punível com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos.

E, aqui, a lei penal prevê sanção de 05 a 15 anos de reclusão, estando a paciente, portanto, enquadrado na condição do inciso I, do mencionado artigo do Estatuto Processual.

Cabe salientar que o comércio ilícito de entorpecentes, ainda que cometido sem violência e grave ameaça, fomenta, em tese, a prática de outros delitos tão ou mais graves, o que provoca, com frequência alarmante, intranquilidade para o seio da comunidade, justificando-se a prisão cautelar, pois indispensável à garantia da ordem pública.

Note-se, ainda, que tem como principal engrenagem motora a dependência química e psíquica, principalmente por parte de jovens de diferentes classes sociais, o que acaba por resultar no aumento da criminalidade pelo cometimento de crimes mais graves em prol do sustento de tal vício.

Ademais, verifica-se que foi apreendida enorme quantidade de droga - mais de 250 quilos -, o que reforça os indícios de que as substâncias seriam destinadas ao comércio ilícito, bem como o profundo envolvimento com o crime de tráfico de drogas.

Isso não bastasse, conforme restou consignado na decisão impetrada, o paciente é reincidente específico (ostentando condenação por tráfico de drogas e associação correspondente - fls. 159), sendo a custódia necessária, também,

Acesso ao Sumário

para se evitar a reiteração criminosa, estando autorizada, outrossim, nos termos do inciso II, do artigo 313 do Código de Processo Penal.

Nessa esteira, vejamos o que reza o artigo 282 do Código de Processo Penal:

> *Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título [dentre elas, a prisão em flagrante e a prisão preventiva] deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *I - **necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;** (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*
> *II - **adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.** (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). [g. n.]*

Ressalta-se que as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, só poderão ser aplicadas quando ausentes os requisitos para a prisão preventiva, o que não ocorre no caso em comento.

Sobre o tema, verifique-se a redação do art. 321 do Código de Processo Penal:

> *"Art. 321. **Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva**, o juiz deverá conceder liberdade provisória, **impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319** deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código" (g.n.).*

Assim, a custódia é de rigor, sendo inviável sua substituição por quaisquer das medidas cautelares alternativas, prescindindo-se da análise de cada uma delas.

Importante consignar que a existência de condições pessoais favoráveis não impede a decretação da custódia e nem têm força para alcançar a sua revogação, mormente quando presentes os motivos autorizadores da medida, como no caso em tela.

Ora, referidas condições não têm o condão de, por si sós, garantir a concessão de liberdade provisória, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção do cárcere.

Neste sentido:

> *"Habeas Corpus - Tráfico de Entorpecentes - Liberdade Provisória - Impossibilidade de deferimento - Menores atingidos pela ação do paciente que promovia evento chamado 'mata aulas' - Primariedade e bons antecedentes - Requisitos que não obstam a manutenção do encarceramento - Artigo 44, da Lei 11.343/06 - Constitucionalidade - Inexistência de constrangimento ilegal - Ordem Denegada." **(TJSP, HC 990.10.049714-6, 2ª Câmara, Rel. Almeida Sampaio, j. 29/03/10).***
> *"A primariedade, os bons antecedentes, além da residência fixa e do em-*

prego definido, não impedem a constrição cautelar quando está se mostrar necessária. Inteligência desta Corte e do Pretório Excelso." ***(STJ, HC nº 24.544/MG Rel. Min. Jorge Scartezzini).***

Frisa-se, por fim, que o direito de responder ao processo em liberdade não é irrestrito, nem absoluto. Não obstante a liberdade constitua a regra determinada pela Constituição da República, admite-se a sua privação em caráter precário antes da sentença condenatória definitiva, o que não ofende a presunção de inocência.

Confira-se:

"Demonstrada a necessidade da medida cautelar constritiva da liberdade humana, concretizada em decisão, ainda que sucinta, onde consignadas as razões pelas quais entendeu necessária, ***descabe pretender desconstituí-la com a invocação do princípio da presunção de inocência****, ou pela circunstância de ser o paciente primário, radicado no foro da culpa e com profissão definida"* ***(Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 58, p. 119) (g.n.).***

Isto posto, **CONHEÇO PARCIALMENTE** a impetração e, na parte conhecida, **DENEGO** a ordem de *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2173428-86.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente RODRIGO MARTINEZ NUNES MELLO, Impetrantes RUIZ DANIEL HERLIN RITTER e RAUL LINHARES.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.145)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO GENZANI FILHO (Presidente), XAVIER DE SOUZA e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 31 de outubro de 2023.

RENATO GENZANI FILHO, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS - Artigo 195, inciso XI, da Lei nº 9.279/96 - Alegação de descumprimento da formalidade prevista no artigo 525 do Código de Processo Penal - Hipótese em que tal providência se aplica somente aos casos em que a conduta delituosa

Acesso ao Sumário

deixe vestígios - Existência de indícios suficientes de materialidade e autoria delitivas - Hipótese em que se faz necessário o prosseguimento da ação penal para a apuração dos fatos imputados aos querelados, não havendo que se falar, ao menos por ora, em trancamento da ação penal.
Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos advogados, Dr. Ruiz Daniel Herlin Ritter e Dr. Raul Linhares, alegando que RODRIGO MARTINEZ NUNES MELLO sofre constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca da CAPITAL que, com a concordância do Ministério Público, recebeu queixa-crime oferecida contra o paciente e outros querelados, nos autos registrados sob nº 1029828-39.2021.8.26.0050, em que se imputa ao paciente o crime previsto no artigo 195, inciso XI, da Lei nº 9.279/96 (concorrência desleal).

Sustentam os impetrantes que a queixa-crime não poderia ter sido recebida, pelo descumprimento de condição prevista no artigo 525 do Código de Processo Penal, qual seja, a peça não veio acompanhada de perícia relativa aos dados técnicos supostamente utilizados pelos querelados.

Argumentam os Advogados que a falta do laudo pericial impede, até mesmo, que se constate se as informações que o querelante alega terem sido utilizadas de forma indevida, são confidenciais ou possuem valor econômico.

Por fim, alegam que o cumprimento das formalidades legalmente previstas para o ajuizamento da queixa-crime era plenamente possível ao querelante, que preferiu não as providenciar.

Postulam a concessão da ordem, para que seja determinado o trancamento do processo originário pela falta de condição para o exercício da ação penal.

Liminar indeferida (fls. 1189/1190).

Informações (fls. 1193/1194).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 1197/1201).

É o relatório.

Segundo consta dos autos e documentos que instruem os autos originários, observa-se que se trata de queixa-crime ajuizada por SERTÃO BRASIL ENERGIA SOLAR LTDA, representada por Leandro Borgo Coelho Moraes, contra o paciente RODRIGO MARTINEZ NUNES MELLO e Aloisio Banwart, Heron de Souza Santos, João Paulo Escudero Mauro, Marcos Paulo Fernandes Bertol, Michel Ament Hornink, Robson de Faria Gagliano, Maria Luiza Por-

Acesso ao Sumário

tilho Toni e Rodolfo Portilho Toni, imputando a todos a prática do crime de concorrência desleal, previsto no artigo 195, inciso XI da Lei nº 9.279/1996.

Consta, ainda, que no início do mês de maio de 2021, ao consultar o endereço eletrônico da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a querelante tomou conhecimento de requerimento de outorga formulado por Marcos Paulo Fernandes Bertol, Robson de Faria Gagliano e Michel Ament Hornink, administradores das empresas "Solar Newen Bahia Energia SPE X Sociedade Limitada", "Solar Newen Bahia Energia SPE XI Sociedade Limitada" e "Solar Newen Bahia SPE XII Sociedade Limitada" todas SPEs pertencentes à "Solar Newen Bahia Energia Ltda", empresa pertencente à *holding* "New Energies Investimentos e Participações Ltda", referente a oito empreendimentos localizados no Estado da Bahia, todos instruídos com os dados solarimétricos pertencentes à querelante, sem o seu conhecimento e autorização.

Consta, outrossim, que as Empresa Sertão Brasil e Steelcons Empreiteira Construção Civil Ltda., sagraram-se vencedoras de leilão para a construção de empreendimentos de fornecimento de energia advinda de fonte solar no Município de Barreiras/BA. E, por acordo entre as empresas, foram criadas Sociedades de Propósito Específico (SPEs), para a operação dos empreendimentos, cabendo, ainda, à Empresa Steelcons Empreiteira Construção Civil Ltda adquirir os projetos pertencentes à Solar Brasil, mediante cessão das cotas sociais das referidas SPEs, por valor pré-definido.

Assim, a empresa Steelcons Empreiteira teve acesso aos dados e estudos solarimétricos pertencentes à empresa Solar Brasil.

De acordo com a querelante todas as negociações com a empresa Steelcons Empreiteira Construção Civil Ltda, eram realizadas pelo paciente, dono de fato da companhia, embora sua mãe, a Sra. Maria Luiza Portilho Toni e Aloisio Banwart, sócio da empresa tenham assinado como representantes nos contratos entre eles firmados.

Alega ainda que, com o fim da relação contratual entre as empresas, o paciente e demais querelados com intenção de participar de outros certames para o fornecimento de energia advinda de fonte solar, por meio das demais empresas retro citadas, se utilizaram dos dados e estudos solarimétricos pertencentes à Solar Brasil sem seu conhecimento ou autorização.

A querelante alega também que após a descoberta da indevida utilização de seus estudos, tais informações foram substituídas por outras de domínio público, produzidas pelo Instituto Nacional de Metereologia (INMET).

Finalmente, consta que o paciente chegou a tentar, por mais de uma vez, a compra de tais dados e estudos, porém, sem sucesso.

Por sua vez, o paciente vem por meio do presente remédio constitucional, apontar a falta de condição para o exercício da ação penal, qual seja, a falta da perícia exigida no artigo 525 do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

Pois bem.

No caso sob exame, examinando-se os autos, verifica-se que a querelante, além de ter copiado parcialmente documentos que, em tese, comprovam a utilização indevida de informações de sua propriedade no corpo da inicial, forneceu link às fls. 50 dos autos originários, onde é possível acessar os respectivos arquivos eletrônicos, que foram extraídos do endereço eletrônico da ANEEL, em sua integralidade.

De acordo com o documento nº 18, citado e copiado parcialmente às fls. 28, em tese apresentado em favor da empresa New Energies Investimentos e Participações, que tem como sócios o paciente e demais querelados, se verifica a menção à dados com a seguinte identificação: Projeto Sertão Solar Barreiras, cujo responsável é o Sr. Leandro Borgo Coelho Moraes, de acordo com o documento de nº 19.

Os documentos de nºs 12 (arquivo de áudio) e 13 (print de tela de aparelho celular), correspondem aos arquivos citados às fls. 24 e 25, e neles há tratativas objetivando a compra dos dados solarimétricos para fins de outorga e certificação junto à ANEEL.

Já o documento de nº 20, segundo a querelante, contém a comprovação de que após a indevida utilização de seus estudos solarimétricos, houve a substituição destes por dados provenientes do INMET, estes de domínio público.

Destarte, verifica-se que a queixa-crime traz relato minucioso e claro sobre a eventual prática pelo paciente do crime de concorrência desleal. Observando, assim, os requisitos previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal, devendo ser afastada qualquer alegação que impeça o seu prosseguimento, uma vez que a leitura da peça permite compreender perfeitamente o que se imputou aos querelados.

Os documentos trazidos pelo querelante trazem indícios suficientes de materialidade e autoria, que deverão ser melhor apurados durante a ação penal, onde as provas, periciais, documentais ou testemunhais serão submetidas ao contraditório. Logo, vislumbrando-se presentes indicativos sólidos da materialidade delitiva e indícios de autoria, não há que se falar, ao menos por ora, em ausência de justa causa, revelando-se inoportuno o trancamento da ação penal. Até porque, a exigência de perícia prévia como condição de procedibilidade da queixa-crime se dirige aos casos em que a conduta delituosa deixe vestígios, conforme prevê o artigo 525 do Código de Processo Penal.

*"**No caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito**."*

Neste sentido, colacionam-se as seguintes decisões:

STJ: "(...) **Em sede de crime de concorrência desleal, que se consuma sem deixar vestígios, a realização prévia de perícia não é indispensável à**

Acesso ao Sumário

propositura da ação, incidindo o prazo decadencial de seis meses do direito de queixa expresso na regra geral do artigo 38 do Estatuto Processual, contado do dia em que o ofendido vier a tomar conhecimento do autor do crime.

- O trancamento de ação penal por falta de justa causa, postulado na via estreita do habeas-corpus, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexiste qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente (...).” (RHC 7590/SP, Relator Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, data do julgamento 27/04/1999, DJ 24/05/1999 p. 199).

E, a contrario sensu:

1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via do habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstâncias essas, no caso, não evidenciadas de plano. Precedentes.

2. Em relação aos crimes contra a propriedade imaterial que deixam vestígios, prevê o Código de Processo Penal a necessidade de realização de exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito e que o respectivo laudo deverá instruir a ação penal (...).” (RHC 27964/RS, Relatora Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, data do julgamento 26/06/2012, DJe 01/08/2012).

E, “in casu”, sobre a determinação de busca, apreensão e perícia de produtos, previstas no artigo 525 do Código de Processo Penal, ante as evidências iniciais de materialidade já trazidas aos autos, não se mostra necessária a sua elaboração de forma antecipada, podendo, caso sejam convenientes às partes, serem deferidas pelo juízo *a quo*, durante o curso da ação penal.

Assim, considerando a existência de prova da materialidade e de suficientes indícios de autoria, temos que os fatos imputados ao paciente deverão ser melhor investigados e isto se fará no decorrer da ação penal.

E, como é cediço, nada há de ilegal ou irregular no prosseguimento de ação penal, que visa apurar eventual prática de crimes e que não pode ser obstada de plano, pois depende de regular instrução.

Embora seja possível que se conclua, ao final, sob qualquer fundamento, pela improcedência da acusação, não há como trancar-se, de plano, a ação penal em questão.

Desta forma, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado pelo presente *writ*.

Ante o exposto, **DENEGA-SE A ORDEM**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Habeas Corpus Criminal nº 2261060-53.2023.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é impetrante/paciente A. C. DE O., é impetrado J. DE D. DA V. DA V. D. DE R. P. S..

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam parcialmente a ordem impetrada, para convalidar a liminar deferida, e revogar a medida protetiva que fixou alimentos provisórios em favor da vítima, mantendo-se as demais restrições em vigor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.353)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO MAZINA MARTINS (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 21 de novembro de 2023.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* - Violência Doméstica - Estabelecimento de Medidas Protetivas de Urgência - Insurgência contra a concessão de medidas protetivas, previstas no art. 22 da Lei 11.340/06, sem elementos suficientes a demonstrar a verossimilhança da necessidade da providência adotada, além da impossibilidade fática de cumprimento da prestação de alimentos provisórios, em razão do pequeno porte da cidade em que residem - PARCIAL CONCESSÃO - Restou suficientemente demonstrada, a partir das provas pré-constituídas, a ausência dos requisitos exigidos para a estipulação dos alimentos provisórios em favor da vítima (necessidade, capacidade e proporcionalidade). Precedente STJ. De outro lado, restou demonstrada a necessidade de manutenção, por ora, das demais restrições deferidas pelo juízo singular, não havendo se falar em constrangimento ilegal.
Convalidada a liminar, ordem parcialmente concedida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor próprio pelo advogado A. C. de O., com pedido liminar, apontando o MM. Juiz de Direito da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Ribeirão Preto

Acesso ao Sumário

como autoridade coatora, nos autos nº 1043876-22.2023.8.26.0506.

Aduz o impetrante/paciente que sofre constrangimento ilegal decorrente da concessão de medida protetiva de urgência à vítima pela autoridade impetrada, consistente na prestação de alimentos provisórios no importe de 9 salários mínimos (R$ 11.880,00) por seis meses, sob pena de sanção penal no caso de eventual descumprimento, conforme previsto no artigo 24-A da Lei nº 11.340/06, mediante decisão que argumentou pela hipossuficiência da vítima, na ocultação e má administração dos bens e na ausência de ingresso em Juízo na vara especializada.

Sustenta que vítima pratica conduta alusiva ao crime de falsidade ideológica e uso de documento falso, visto que possui salário bruto de R$ 14.260,92 e vale alimentação de R$ 1.100,00 como pedagoga, além de possuir bens imóveis, dados que não foram informados à autoridade impetrada, que apesar de juntados pelo impetrante/paciente não foram suficientes para alterar o seu entendimento.

Alega que não possui condições financeiras para adimplir o valor fixado, auferindo renda bruta de R$ 7.713,38 como professor universitário e exercendo a advocacia, ademais já arca sozinho com os custos do curso de medicina do filho em comum do casal no valor mensal de R$ 10.000,00, além dos gastos com sua estadia em São Paulo/SP, bem como paga pensão alimentícia de R$ 1.500,00 ao outro filho que tiveram juntos.

Enfatiza não ser mais de competência do MM. Juízo *a quo* a fixação dos alimentos provisórios, visto que foi ajuizada pela vítima ação de divórcio, que tramita perante o MM. Juízo da 3ª Vara de Família e Sucessões de Ribeirão Preto, sob o nº 1045362-42.2023.8.26.0506, na qual não foi por ela pleiteado aludido benefício, que sabe não fazer jus.

Relata que manteve com a vítima relacionamento durante 23 anos, sendo casados sob o regime da comunhão parcial de bens, durante o qual tiveram o filho de 20 anos de idade e o de 13 anos, além de possuírem filhos fruto de relacionamentos anteriores. O relacionamento chegou ao fim, após a vítima descobrir que o impetrante/paciente registrou em nome dos filhos exclusivos alguns imóveis adquiridos na constância do matrimônio, tendo a vítima optado por sair da residência em comum.

Assere que após receber mensagens e áudios ofensivos do impetrante/paciente, a vítima registrou boletim de ocorrência por injúria e violência patrimonial, contudo não requereu medidas protetivas naquele momento. Todavia, o impetrante/paciente afirma que a vítima já o agrediu física e verbalmente em diversas ocasiões, sendo esta diagnosticada com transtorno de personalidade borderline, para o qual faz uso de medicação, além de apresentar sintomas de fúria, ódio, dificuldade de controlar a raiva, pensamentos paranoicos, comportamento suicida e autodestrutivo, tendo o impetrante/paciente sempre prestado o auxílio necessário.

Acesso ao Sumário

Menciona que nos autos nº 1502752-27.2023.8.26.0530 a vítima teve indeferido o pedido de medidas protetivas de urgência, diante da ausência de relacionamento abusivo e violência patrimonial e psicológico, de modo que os autos foram arquivados.

Requer a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para revogação da r. decisão que concedeu medidas protetivas à vítima ou, caso este não seja o entendimento, pela exclusão da medida que fixou o pagamento de alimentos provisórios (fls. 1/38).

O pedido liminar foi parcialmente deferido, somente para suspender a execução da medida protetiva que fixou o pagamento de alimentos provisórios em favor da vítima, até o julgamento do mérito deste *writ* (fls. 308/310).

Prestadas informações pela digna autoridade, dita coatora (fls. 313/317).

O impetrante/paciente manifestou oposição ao julgamento virtual (fls. 322/323).

Pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em r. parecer da lavra do Doutor Carlos Fernandes Sandrin, pela concessão parcial da ordem, tão somente para revogar a medida protetiva que fixou alimentos provisórios, confirmando-se a liminar, porém mantidas as demais medidas protetivas em vigor (fls. 331/337).

Este, em síntese, é o relatório.

Verte das informações prestadas pela digna autoridade judiciária em 2 de outubro de 2023, *in verbis:*

"Trata-se de autos para concessão de medidas protetivas de urgência, requeridas por petição da vítima (fls. 01/47), regularmente representada por advogadas constituídas (fls. 48), com documentos juntados às fls. 49/265.

"Por decisão proferida em 12/09/2023, foram concedidas medidas protetivas em favor da vítima, nos seguintes termos: "1. PROIBIÇÃO DE SE APROXIMAR DA VÍTIMA, de seus familiares e das testemunhas e DE FREQUENTAR OS LUGARES NOS QUAIS POSSA ENCONTRAR A VÍTIMA (residências; locais de trabalho, de lazer etc.), fixado o limite mínimo de 100 (cem) metros de distância, 2. PROIBIÇÃO DE CONTATAR A OFENDIDA, seus familiares e testemunhas, por qualquer meio de comunicação, inclusive digital ou telefone. 3. PROIBIÇÃO TEMPORÁRIA PARA CELEBRAÇÃO DE ATOS E CONTRATOS de compra e venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial, valendo a presente como ofício, devendo ser encaminhado pela própria vítima ao respectivo Cartório de Imóveis e outros, eventualmente, se necessário. 4. Considerando as alegações da vítima sobre ocultação e mágestão do patrimônio em comum determino PAGAMENTO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS, pelo prazo de 6 meses - tempo razoável para que as partes ingressem com a ação necessária perante o juízo competente, da Vara da Família, ficando consignado que eventual cumprimento desta decisão quanto aos

Acesso ao Sumário

alimentos provisórios ou a fixação de alimentos em valor definitivo deve se dar em uma das Varas da Família da Comarca - considerando o valor do patrimônio angariado pelo casal e a cautelaridade da presente decisão, devendo o averiguado pagar em favor da vítima o valor de 09 (nove) salários mínimos nacionais, depositando, a primeira parcela, 48 horas após a intimação e, as demais, até o dia 10 de cada mês em conta bancária indicada pela vítima. 5. Obrigação do averiguado MANTER SEU ENDEREÇO ATUALIZADO, informando qualquer modificação, ainda que temporária, peticionando por meio de advogado(a) ou comparecendo ao Cartório da Vara." (fls. 266/271), a respeito das quais as partes foram intimadas, o averiguado, pessoalmente, em 14/09/2023 (fls. 293), e a vítima, através da publicação da decisão às suas I. advogadas constituídas (fls. 283/284).

"Às fls. 285/287, petição da vítima informando o endereço atualizada do averiguado, bem como seu contato telefônico.

"Às fls. 295/366, petição da Defesa do averiguado, impugnando a concessão da gratuidade de justiça e requerendo a revogação das medidas protetivas (com exoneração dos alimentos provisórios, ou sua minoração), a aplicação de multa à vítima por litigância de má-fé e sua responsabilização por "falsidade ideológica" e "uso falso de documento", além do bloqueio um veículo pertencente à vítima e a intimação dos profissionais médicos do "Hospital São Marcos", "Unimed" e o "Serviço de Assistência à Saúde dos Municipiários - Sassom Humanizado", para remessa do prontuário médico da vítima (desde o início do tratamento até o final). Documentos juntados às fls. 367/832.

"Às fls. 833/834, petição do averiguado requerendo a juntada de documentos faltantes.

"Às fls. 840/841, manifestação do MP, nos seguintes termos: *"Fls. 293: ciente. Fls.295/836: trata-se de pedido feito pela defesa de A. C. DE O. requerendo, em síntese, a revogação das medidas protetivas. Cumpre consignar, inicialmente, que as medidas foram concedidas visando acautelar a integridade física e psíquica da vítima, tal qual objetivado pela Lei Maria da Penha. Assim, em que pesem os argumentos trazidos, não se vislumbram motivos, ao menos por ora, que justifiquem a revogação de tais medidas. Isso porque, diferentemente do processo criminal onde a dúvida beneficia o réu, nessa cautelar de proteção de urgência, norteada pelo princípio da precaução, deve prevalecer o in dubio pro tutela, ou seja, havendo dúvida se a vítima estará suficientemente protegida, deve-se conceder ou, no caso, manter as medidas protetivas. Ainda que as medidas tenham sido anteriormente indeferidas (autos 1502752-27.2023.8.26.0506), como bem apontado na decisão de fls. 266/271, vieram mais esclarecimentos sobre os fatos com base nos quais foram, nestes autos, deferidas parcialmente. Desta forma, discordo do pedido de revogação das medidas, observando que quanto aos alimentos provisórios fixados, considerada*

Acesso ao Sumário

a cautelaridade da decisão, e quanto os requerimentos relativos à partilha de bens e divórcio do casal, as partes devem ingressar com a ação perante a Vara de Família, competente para discussão e análise aprofundada da matéria. Opino, por fim, pelo indeferimento das diligências pretendidas pela defesa, tendo em vista a natureza cautelar desse procedimento e que o mérito dos fatos será analisado, se o caso, em inquérito policial, oportunidade em que se terá mais elementos para tomada de providências e o pleito poderá ser novamente apresentado.".

"Às fls. 842/844, petição da vítima, informando os dados bancários para pagamento da pensão alimentícia e requerendo que a serventia certificasse se houve o cumprimento da obrigação alimentar.

"Às fls. 845, extrato de movimentações de contas judiciais, extraído do Portal do Custas do Tribunal de Justiça, constando a inexistência de depósito judicial em conta vinculada a estes autos.

"Às fls. 850/856, petição do averiguado alegando "perda de eficácia superveniente da decisão da medida protetiva de alimentos provisórios face a propositura da ação de divórcio", justificando o não pagamento dos alimentos em virtude da ausência de informações sobre os dados bancários (alegando que foram indicados somente na petição de fls. 842/844, datada de 23/09/2023, porém, sem o número do CPF, impossibilitando o pagamento) e reiterando o pedido de revogação das medidas protetivas, em especial, aquela consistente no arbitramento de alimentos provisórios no valor de nove salários mínimos.

"Às fls. 927/928, petição do averiguado, reiterando o pedido de revogação das medidas protetivas, em especial a revogação dos alimentos provisórios.

"Às fls. 932/933, manifestação do Ministério Público, nos seguintes termos: "Fls. 850/924 e 927/928: *Primeiramente, não há que se falar em perda superveniente da eficácia da decisão proferida por este juízo no que tange aos alimentos provisórios com a simples interposição da ação perante a vara competente. É a decisão judicial a respeito do assunto que tem o condão de substituir a ordem emanada nesses autos, sem prejuízo, em caso de inadimplemento, da configuração do crime previsto no artigo 24-A, da Lei 11.340/06. Quanto ao valor dos alimentos e a condição econômica da vítima ou averiguado, como já dito anteriormente, as partes devem discutir na vara competente, não sendo a presente medida adequada para tanto, dada a sua cautelaridade e juízo de cognição sumária. Por outro lado, ainda que a requerente não tenha feito o pedido na ação de divórcio, tal qual alegado à fls.927/928, nada impede que o averiguado o faça, a fim de melhor adequação. No mais, como bem sabido pela defesa técnica, a falta de identificação completa da conta bancária para depósito do valor dos alimentos não impede o cumprimento da obrigação, uma vez que poderia ter sido depositado em juízo. Entretanto, para que se evite maiores alegações a respeito e visando garantir a eficácia da decisão, requeiro*

Acesso ao Sumário

seja a vítima intimada a apresentar os dados completos da conta bancária, para cumprimento imediato pelo averiguado, sob as penas da lei. Desta forma e pelos motivos expostos, tendo em vista a ausência de circunstâncias posteriores a alterar o entendimento deste parquet e o fato da presente medida cautelar ter a finalidade de resguardar a integridade física, psíquica e patrimonial da ofendida, manifesto-me contrariamente ao acolhimento dos pedidos da defesa do averiguado.".

"Às fls. 935/976, pedido de informações em *Habeas Corpus*, com deferimento parcial da liminar, somente para suspender a execução da medida protetiva que fixou o pagamento de alimentos provisórios em favor da vítima, até o julgamento do *writ*." (fls. 313/317).

A ordem comporta parcial concessão, convalidando-se a liminar deferida.

Trago a lume judicioso parecer do Douto Procurador de Justiça oficiante, a quem pedimos vênia para transcrevê-lo e adotá-lo como razão de decidir, *in verbis*:

"Extrai-se dos autos que as medidas protetivas de urgência foram concedidas em benefício da vítima, diante da suspeita de relação abusiva, caracterizada pelo emprego de violência psicológica e patrimonial contra ela por parte do paciente.

"A r. decisão hostilizada (fls. 266/271, origem), que data de 12/09/2023, ressaltou que, "no que diz respeito aos bens, destaca-se que a Lei Maria da Penha exclui da competência do juízo especializado as questões que dizem respeito à partilha de bens (artigo 14-A, §1º)", de sorte que a medida protetiva de fixação de alimentos provisórios, pelo prazo de 6 meses, foi estabelecida sob a justificativa de que haveria "tempo razoável para que as partes ingressem com a ação necessária perante o juízo competente, da Vara da Família, ficando consignado que eventual cumprimento desta decisão quanto aos alimentos provisórios ou a fixação de alimentos em valor definitivo deve se dar em uma das Varas da Família da Comarca".

"Ocorre que, nos autos nº 1045362-42.2023.8.26.0506, referente à ação de divórcio litigioso e partilha em tramitação perante a 3ª Vara de Família e Sucessões de Ribeirão Preto, a vítima, ali na condição de autora, realmente deixou de pedir a fixação de alimentos e o réu, ora paciente, às fls. 394, itens "5" e "6", formulou pedido expresso para que o d. juízo decidisse acerca da questão, porém houve negativa de jurisdição, sob o argumento de que não houve pedido da autora nesse sentido, bem como de que "o alimentante requereu, naqueles autos (perante a Vara da Violência Doméstica) a revogação da decisão, pedido sobre o qual já se manifestou o Ministério Público, e que está pendente de apreciação", bem como que "trata-se de questão a ser dirimida pelo Juízo competente (Vara da Violência Doméstica e Familiar da Comarca)". (fls. 869/871 dos autos nº

Acesso ao Sumário

1045362-42.2023.8.26.0506).

"Conforme se verifica, trata-se de decisões que não se harmonizam - a do Juízo da Vara de Família e a do Juízo da Violência Doméstica -, eis que este fixou alimentos provisórios até que os eles sejam definitivamente fixados (ou negados) pelo Juízo da Vara de Família, mas este se nega a apreciar tal questão diante da ausência de pedido expresso da autora, a quem caberia fazê-lo na ação de divórcio, bem como sob o argumento de que se deve aguardar a apreciação do pedido de revogação dos alimentos provisórios pelo Juízo da Vara da Violência Doméstica. Mas o fato é que, nos autos em trâmite perante a Vara da Violência Doméstica, não só o Ministério Público, em mais de uma oportunidade (fls. 840/841; 932/933), discordou expressamente dos pedidos de revogação dos alimentos provisórios, inclusive sob o argumento de que o paciente deveria formulá-lo na ação de divórcio (fls. 932 - "ainda que a requerente não tenha feito o pedido na ação de divórcio, tal qual alegado às fls. 927/928, nada impede que o averiguado o faça"), como também o d. juízo postergou por trinta dias a decisão acerca da mantença ou revogação da medida (fls. 977/978), sob o argumento de que deveria aguardar o desfecho do julgamento do presente writ, em razão da suspensão liminar dos alimentos provisórios.

"Portanto, o que se nota é que, nessa "ciranda" entre os juízos, fazem-se movimentos circulares que não avançam no sentido de resolver de forma suficientemente efetiva e célere a questão dos alimentos provisórios estabelecidos a título de medida protetiva, fazendo-se, pois, imprescindível decidir acerca da legitimidade da mantença de tal obrigação alimentícia, questão já suscitada em primeira instância, pelo paciente, repise-se, em ambos os Juízos (de Família e da Violência Doméstica), sob pena de, uma vez tornado inadimplente pela alegada incapacidade de adimplir com tais prestações, ser inclusive eventualmente responsabilizado criminalmente, nos termos do artigo 24-A da Lei Maria da Penha.

"Em relação à questão de fundo, de proêmio, convém relembrar que, segundo a jurisprudência do STJ, é cediço que os alimentos, em quaisquer de suas modalidades, devem ser fixados com o preenchimento integral e simultâneo dos elementos integrantes do trinômio "necessidade, capacidade e proporcionalidade", de modo a atender as necessidades de subsistência do alimentando, nos limites das possibilidades financeiras, isto é, da capacidade econômica do alimentante, respeitando, ainda, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em atenção ao artigo 1.694 do Código Civil. (nesse sentido, STJ - REsp: 1726229 RJ 2017/0186219-4, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 15/05/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/05/2018).

"E, *in casu*, restou suficientemente demonstrada, a partir das provas pré-constituídas, a ausência de tais requisitos exigidos para a estipulação dos alimentos provisórios, mormente em se considerando que foram fixados a título de

Acesso ao Sumário

medida protetiva de urgência. Senão, vejamos.

"Por primeiro, em relação ao **elemento "necessidade"**, a despeito de a alimentanda haver sido agraciada, na origem, com a gratuidade de Justiça, o fato é que, como bem adiantado no d. despacho de fls. 308/310, "é servidora da Prefeitura de Ribeirão Preto/SP, exercendo a função de professora do ensino fundamental", pela qual **recebe remuneração bruta de 14.260,92 e líquida de R$ 10.277,96** (fl. 4), "além de contar com patrimônio próprio", porquanto proprietária de **1/3 de um imóvel rural de 4,39.88 hectares e de um imóvel urbano de 399,41 metros quadrados (fls. 80/91).**

"Por segundo, em relação ao **elemento "possibilidade"**, plausível a alegação, dentro dos limites cognitivos inerentes a esta sede - sem prejuízo de entendimento diverso, produto de juízo definitivo e exauriente, no processo de conhecimento perante o Juízo de Família -, o fato é que, por ora, parece mesmo inviável, para o paciente, ter de pagar, mensalmente, o valor de **9 salários mínimos (R$ 11.880,00)** para a vítima, mormente ao se considerar que **aufere renda bruta de R$ 7.813,38 por mês como professor universitário**, função que exerce cumulativamente com a profissão de advogado, não sendo crível que, só com tais atividades profissionais, consiga arcar com todas as suas despesas fixas comprovadas, que incluem o pagamento mensal, sem a ajuda da alimentada, do valor de **R$ 8.066,92, referente à faculdade de medicina de Marcon, filho em comum do casal**, além de outras despesas relacionadas à subsistência do referido filho, notadamente moradia e alimentação do mesmo, razão pela qual já teve que contratar um **empréstimo no valor de R$ 4.554,62** (fls. 31).

"Por fim, mas não menos importante, em relação ao **elemento "proporcionalidade" ou "razoabilidade"**, tem-se que a obrigação imposta - medida protetiva fixando alimentos provisórios - incorre em violação ao referido postulado sob o ângulo da proibição do excesso (***Übermassverbot***), notadamente considerando-se a relação entre meio-fim que lhe é inerente, eis que, dada a imputação de violência patrimonial e psicológica em relação à vítima, eram suficientes as demais medidas protetivas impostas: (i) em relação ao risco de reiteração de violência psicológica (ou mesmo de escalonamento para violência física), suficiente a proibição de se aproximar da vítima e de frequentar os lugares nos quais possa encontrá-la, além da proibição de contatá-la, por qualquer meio de comunicação; e, **especificamente, (ii) em relação à violência patrimonial, suficiente a proibição temporária para celebração de atos e contratos de compra e venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial (fls. 266/271).**

"Vale dizer, diante das **demais medidas impostas, que se apresentam suficientes para acautelar a integridade pessoal da vítima e o risco de dilapidação do patrimônio comum do casal**, além do fato de que a vítima, em tese, não possui real necessidade dos alimentos para sua subsistência, tampouco

Acesso ao Sumário

possui o paciente condições de arcar com vultuosa obrigação durante seis meses, e considerando, ainda, o risco de que venha a ser penalmente responsabilizado caso deixe de pagar os referidos alimentos provisórios fixados a título de medida protetiva, (artigo 24-A da Lei Maria da Penha), é prudente seja o paciente exonerado do pagamento dos alimentos provisórios fixados pelo Juízo da Violência Doméstica, sem prejuízo, contudo, de apreciação, preenchidas as condições para tal, da matéria referente à fixação de alimentos (embora não como medida protetiva, mas como obrigação civil e familiar), em sede da ação de divórcio e partilha, pelo juízo competente (autos 1045362-42.2023.8.26.0506).

"Posto isso, o parecer deste órgão do Ministério Público é pela concessão parcial da ordem de *habeas corpus*, tão somente para revogar a medida protetiva que fixou alimentos provisórios, confirmando-se a liminar, porém mantidas as demais medidas protetivas em vigor." (fls. 332/337).

Cumpre destacar que para a lei, violência doméstica e familiar não se restringe aos ataques com *vis corporalis* (também a psicológica e moral estão incluídas no termo legal) nem se exige coabitação. Nesse sentido as transcrições:

"Caracteriza violência doméstica, para os efeitos da Lei 11.340/2006, quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas causadas por homem em uma mulher com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação." (HC 92857/RS - Rel. Min. Jane Silva – T6 - Julgamento 30/10/2008 - Publicação DJe 17/11/2008 - RT 882/558).

Para que não haja dúvidas, seguem os dispositivos da Lei Maria da Penha:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

V - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos

Acesso ao Sumário

econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

Diante de tal contexto, entendo bem justificada, por ora, a manutenção das demais restrições estabelecidas em favor da ofendida, estando bem justificada a r. decisão combatida.

Não se pode olvidar, ainda, que as medidas cautelares remanescentes poderão ser reavaliadas oportunamente pelo juízo impetrado, bem como a discussão patrimonial caberá ao MM. Juiz da Vara de Família, situação incompatível com a via sumaríssima do *writ*.

Diante de todo o exposto, concede-se parcialmente a ordem impetrada, para convalidar a liminar deferida, e revogar a medida protetiva que fixou alimentos provisórios em favor da vítima, mantendo-se as demais restrições em vigor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Habeas Corpus Criminal nº 2225501-35.2023.8.26.0000, da Comarca de Itapevi, em que é impetrante EDSON DE JESUS SANTOS e Paciente AILTON GOMES DA SILVA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59.580)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 28 de novembro de 2023.

EUVALDO CHAIB, Relator

EMENTA: HABEAS CORPUS – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO – SUBSISTÊNCIA DOS REQUISITOS PROPULSORES DA PRISÃO PREVENTIVA – CRIME COM PENA RECLUSIVA MÁXIMA SUPERIOR A 04 (QUATRO) ANOS – FATOS, ADEMAIS, DE NOTÓRIA GRAVIDADE, ENVOLVENDO A APREENSÃO DE 50 (CINQUENTA) TIJOLOS DE COCAÍNA, COM PESO APROXIMADO DE 48,53KG – ENTORPECENTE ALTAMENTE DELETÉRIO E DE GRANDE PODER LESIVO À SAÚDE PÚBLICA – QUANTIDADE CAPAZ DE ALCANÇAR INCONTÁVEL NÚMERO DE USUÁRIOS – PE-

Acesso ao Sumário

RICULOSIDADE SOCIAL DO PACIENTE EVIDENCIADA – MEDIDA EXTREMA NECESSÁRIA PARA RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA – INSUFICIÊNCIA, NA HIPÓTESE, DAS PROVIDÊNCIA ALTERNATIVAS AO CÁRCERE PREVISTAS NO ARTIGO 319 DO CPP – APROFUNDAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO- PROBATÓRIO INCOMPATÍVEL COM A VIA ESCOLHIDA – A DETIDA ANÁLISE DA TESE RELATIVA À INOCÊNCIA DO PACIENTE DEVE FICAR RESGUARDADA À INSTRUÇÃO PROCESSUAL – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO – ORDEM DENEGADA.

VOTO

O advogado Edson de Jesus Santos impetra *habeas corpus* em favor de AILTON GOMES DA SILVA, sob a alegação de que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do r. Juízo da Vara Criminal da Comarca de ITAPEVI, nos autos do Processo nº 1523590-24.2023.8.26.0228, em que mantida a prisão preventiva.

Alega, em linhas gerais, a desproporcionalidade da medida constritiva de liberdade, não só pelos predicados pessoais favoráveis ostentados pelo paciente, como, também, pela ausência de elementos mínimos de seu envolvimento no crime. Ressalta que AILTON é motorista e presta serviços para a empresa MARVANS MEC. AUTO SOCORRO E MECÂNICA LTDA., de propriedade de Marcos Orlando de Oliveira, e foi vítima de um duro golpe, que ensejou sua prisão em flagrante, inclusive, abriu mão de seus sigilos bancário e telefônico a fim de aclarar os fatos e comprovar sua inocência. Enaltece que todas as negociações referentes a fretes e gerenciamento de motoristas são de incumbência de Hemerson Bruno de Oliveira Lima, também funcionário da precitada empresa e, no dia 07/08/2023, escalonou AILTON para a retirada de carga na cidade de Osasco e posterior entrega no município Maringá/PR, em 08/08/2023. Chegando ao seu destino, AILTON entrou em contato com Hemerson que, como de praxe, para que caminhão não voltasse vazio, ficou de providenciar nova carga a ser transportada para São Paulo. Assim, através do site FRETEBRAS, Hemerson localizou o anuncio da empresa Central de Cargas Vbrasil, sobre o transporte de algumas churrasqueiras de alvenaria, sendo-lhe passado o contato de Will Pires, que lhe informaria o local para a retirada da mercadoria, solicitando, ainda, que AILTON ali comparecesse por volta das 14h00min. Foi apresentada ao paciente a nota fiscal correspondente a seis churrasqueiras a serem retiradas na Rodovia Rene Benedito da Silva, nº 1.886, que deveriam ser entregues na

Acesso ao Sumário

cidade de Itapevi. Contudo, o veículo foi interceptado durante a trajetória por Policiais Militares, que localizaram drogas nas churrasqueiras. Assevera que, preocupados com a ausência de notícias de AILTON, e verificando, por meio do rastreador, que o caminhão estava fora de sua rota, Marcos e Hemerson acionaram a Polícia Militar e, chegando ao local em que o veículo estava estacionado, foram informados sobre a apreensão das drogas. Rumaram, então, à Delegacia de Polícia para averiguar o que estava ocorrendo, tomaram ciência da prisão de AILTON. Aduz que o paciente não tinha qualquer ciência sobre as substâncias entorpecentes localizadas no interior das churrasqueiras, salientando que, em casos análogos, as drogas geralmente são acondicionadas em compartimentos secretos, o que não ocorreu na hipótese. Afirma que não há justa causa para a deflagração da ação penal contra o paciente, sendo que houve arquivamento das acusações em relação a Marcos e Hemerson. Diz que a providência tomada viola o princípio da presunção de inocência, reforçando a suficiência das providências cautelares alternativas ao confinamento. Junta imagens da conversa havida com o suposto representante da empresa Vbrasil, até mesmo o questionamento em razão de a carga não ter chegado a seu destino, para comprovar o alegado. Pleiteia, assim, a concessão da ordem para que o paciente possa aguardar em liberdade o deslinde do feito, com imediata expedição de alvará de soltura.

A liminar foi indeferida (fls. 59/61).

Prestadas as informações pelo r. Juízo apontado como autoridade coatora (fls. 66/67), o douto Procurador de Justiça Dr. Cícero José de Morais, opina pela denegação da ordem (fls. 70/73).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

Subsistem os requisitos propulsores da prisão preventiva.

AILTON foi preso em flagrante e está sendo processado pela suposta prática do crime previsto no artigo 33, "*caput*", c.c. artigo 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/06, por fatos ocorridos em 09 de agosto de 2023. Na ocasião, aproximadamente às 08h30min, na Rodovia Castelo Branco, altura do KM 30, na cidade de Itapevi, o paciente foi flagrado por policiais militares enquanto transportava, entre Estados da Federação, nada menos do que 50 (cinquenta) tijolos de cocaína, com peso aproximado de 48,53 kg.

O caderno investigativo reúne em seu bojo provas da materialidade e suficientes indícios de autoria.

No mais, hígidos os fundamentos que arrimaram a prisão preventiva.

O tráfico é doloso com pena reclusiva máxima superior a 04 (quatro) anos, sendo admissível a segregação cautelar, nos termos do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Para além disso, os fatos são de notória gravidade e requestam a medida constritiva de liberdade para resguardar a ordem pública.

Acesso ao Sumário

Não obstante seja primário e sem antecedentes desabonadores, não se pode simplesmente dar de ombros para o fato de que o paciente era o condutor do caminhão em que foram localizadas, escondida no interior de churrasqueiras que estavam sendo transportadas do Estado do Paraná para a cidade de Itapevi, expressiva quantidade de cocaína, frisa-se, substância extremamente deletéria e de grande poder lesivo à Saúde Pública.

Assenta-se, ademais, que a quantidade de entorpecentes apreendidos seria capaz de alcançar incontável número de usuários.

Tais circunstâncias, por si sós, em princípio, evidenciam o enfileiramento com o narcotráfico estruturado, ao passo que o transporte de tamanha monta de substâncias perniciosas não seria confiado a pessoa que não estivesse imersa em tal prática.

O risco da perda é muito alto.

Demonstrada, como se vê, a periculosidade social de AILTON, resta clara a necessidade da coarctação de sua liberdade para a prevenção de novas ocorrências dessa natureza, não se afigurando, por conseguinte, suficientes e nem adequadas, no caso, nenhuma das providências cautelares alternativas ao cárcere previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, oportuno trazer à colação fortes e recentes precedentes emanados do E. Superior Tribunal de Justiça. Confira-se: *"Hipótese na qual a custódia encontra-se fundamentada na periculosidade social do recorrente, evidenciada pelas circunstâncias concretas do fato, em especial a expressiva quantidade de droga apreendida enquanto era, em tese, transportada interestadualmente por ele - 94,7kg de maconha, fracionados em 88 tabletes"* (AgRg no RHC nº 187.253/PR, jg. 24/10/2023).

E também: *"Na hipótese, o Juízo singular apontou a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, com indicação de motivação suficiente e concreta para determinar a prisão preventiva do réu, ao salientar a expressiva quantidade de droga apreendida (20,250kg de maconha), que estava sendo transportada para outro estado da Federação"* (AgRg no HC nº 824.773/PR, jg. 14/08/2023).

Destaca-se, outrossim, que eventuais *"condições subjetivas favoráveis do Réu e apresentação espontânea, a teor do disposto no art. 317 do Código de Processo Penal, não impedem a manutenção da prisão preventiva nos casos em que a lei a autoriza e nem é motivo para a sua revogação, mormente quando concretamente demonstrada a necessidade da prisão cautelar para garantia da ordem pública, como no caso"* (STJ, AgRg no HC nº 805.208/RO, jg. 22/05/2023).

Em arremate, pesem os fortes argumentos expendidos pelo combativo impetrante e os documentos por ele juntados, a célere via do remédio constitucional não permite aprofundamento na matéria fático-probatória dos autos.

Acesso ao Sumário

Assim, a detida análise da tese relativa à inocência do paciente, especialmente no tocante à ciência dos entorpecentes apreendidos, deve ficar resguardada à instrução processual, momento oportuno para a valoração dos elementos coligidos aos autos durante a persecução penal.

Em sentido análogo: *"inadmissível a análise da alegação de que o recorrente teria agido na condição de "mula do tráfico", ante a necessidade de exame fático-probatório, incompatível com a via estreita do habeas corpus"* (STJ, HC nº 673.905/MS, DJe 20/09/2021).

Com efeito, estando suficientemente motivada a custódia cautelar de AILTON e, por tal, inexistindo constrangimento ilegal passível de ser sanado pela via escolhida, o pleito rogado não pode ser atendido.

Diante do exposto, pelo meu voto, denega-se a ordem.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2277022-19.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente CAMILA PACHECO LUIZ, é impetrado MMJD DA DIPO 4 - SEÇÃO 4.2.2 DO FORO CENTRAL CRIMINAL BARRA FUNDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem e indeferiram a assistência judiciária gratuita. V.U. Compareceu o advogado, dr. Itamar Reis Duarte.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.498)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE e LAERTE MARRONE.

São Paulo, 13 de novembro de 2023.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Mandado de Segurança Criminal. Pedido de restituição. Indeferimento. Via eleita inadequada. Decisão impugnável por recurso próprio. Ausência de teratologia ou flagrante ilegalidade. Existência de menção de interesse para investigação criminal. Ausência do Certificado de Registro do Veículo (CTB, art. 123) ou de certidão do Detran (para o caso de alienação

Acesso ao Sumário

fiduciária). Direito líquido e certo questionável. Denegação da ordem. Pedido de justiça gratuita. Indeferimento. Discussão acerca de um veículo Audi A3 cujo negócio não guarda compatibilidade com o benefício.

VOTO

É mandado de segurança criminal impetrado por Camila Pacheco Luiz em face da r. decisão de fls. 25/26, que indeferiu pedido de restituição do veículo AUDI/A3 LM 150CV, placa GFI8G53.

Não resignada, a parte alega ser legítima proprietária do automóvel em comento e para tal mister exibiu a documentação a fls. 14/19.

Deu conta de que a apreensão não se sustenta, porque aquele automóvel não guarda interesse algum para aquela investigação criminal, que, observo, segue em andamento.

Daí adveio o pleito de concessão da segurança, para determinar a liberação do veículo. E, sem prejuízo, ainda requereu os benefícios da justiça gratuita (fls. 1/9).

Este subscritor indeferiu antecipação de tutela (fls. 69/70).

Aqui aportaram as informações (fls. 76/77).

Houve oposição ao julgamento virtual (fl. 75).

E a d. Procuradoria Geral de Justiça, ao final, é pelo não conhecimento ou, então, pela denegação da ordem (fls. 80/85).

Na sexta feira antecedente ao julgamento, a parte atravessou na caixa de mensagens memorial repisando seus argumentos.

É o relatório.

VOTO 56.498

Reproduzo a seguir a r. decisão impugnada:

"(...) *Em que pesem os argumentos da peticionária, verifico que LUCAS DE SOUZA SILVA consta como investigado nos autos da medida cautelar nº 1528960-33.2023.8.26.0050, esta vinculada ao inquérito nº 1522726-35.2023.8.26.0050, sendo possível que o veículo apreendido esteja relacionado aos fatos lá apurados, interessando, portanto, à investigação.*

Ademais, observo que, ainda que CAMILA conste no registro do automóvel como sua proprietária, a própria petição de fls. 01/02 informa que a requerente teria vendido o veículo para LUCAS em 2022, sendo de rigor anotar que a transferência da propriedade de bens móveis se opera, via de regra, por meio da tradição. Assim sendo, é possível que a peticionária nem sequer possua legitimidade para pleitear a restituição do AUDI/A3 LM 150CV de placas GFI8G53 (...)" ['verbis'].

Feitos os destaques acima, observo que a parte interessada **não trouxe prova oficial de propriedade**, qual seja, o Certificado de Registro de Veículo,

Acesso ao Sumário

de que trata o art. 123 do CTB, **nem mesmo uma certidão do Detran** dando conta de eventual interesse material da Impetrante na coisa em discussão, também, devidamente registrado na repartição de trânsito, por exemplo a presença de um contrato de alienação fiduciária. O memorial ao qual aludi no relatório trouxe documentos particulares entre as partes.

Sem prejuízo, nas **informações judiciais**, houve referência à circunstância de que **o sobredito bem ainda interessa às investigações criminais**, confira-se ('verbis', fl. 76), "*(...) a fls. 16/17, este juízo indeferiu o requerimento, uma vez que, conforme arguido pelo Parquet, haveria indícios de que o automóvel AUDI/A3 LM 150CV poderia estar envolvido em ação criminosa"*.

Ademais, a via eleita revelou-se inadequada no aspecto processual, porquanto utilizada como alternativa de recurso próprio. **O mandado de segurança não é o meio processual idôneo para desconstituir decisão que indeferiu pedido de restituição de bem apreendido.** Nesse sentido, as Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte vêm reputando descabida a utilização do mandado de segurança como forma de impugnar decisões judiciais proferidas em medidas cautelares de natureza penal (sequestro de bens, intervenção judicial em pessoa jurídica, quebra de sigilo bancário etc.), ante a proibição de manejo do mandado de segurança como substituto recursal - óbices do art. 5º, II, da Lei n. 12.016/2009 e do enunciado n. 267 do STF: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição". Confira-se no RMS 44.807/GO, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 16/8/2016, DJe 26/8/2016 e no RMS 32644 GO, rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 22/9/2017.

Estes os impedimentos para esta ação mandamental: (i) existe recurso próprio para a decisão e este não é o mandado de segurança; ademais, (ii) nem há certeza acerca de direito líquido e certo.

Consoante dispõe o direito pretoriano, "(...) A restituição das coisas apreendidas, mesmo após o trânsito em julgado da ação penal, está condicionada à ausência de dúvida de que o requerente é seu legítimo proprietário, quanto à licitude de sua origem e à demonstração de que não foi usado como instrumento do crime, conforme as exigências postas nos arts. 120, 121 e 124 do Código de Processo Penal c/c o art. 91, II, do Código Penal" (STJ, AgRg no RMS 68964 MG, DJe 28/11/2022, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca).

Vale repetir, **o manifesto interesse das autoridades, que investigam o presente caso, no mencionado veículo**, mais a **ausência de documento oficial de propriedade**, sem prejuízo de a parte não ter-se ocupado da via adequada (apelação), deixaram em xeque os requisitos para o 'writ', daí a grave dúvida acerca da existência de um direito líquido e certo.

O art. 118 do Código de Processo Penal veda a restituição de coisas apreendidas em ações ou inquéritos penais antes do trânsito em julgado da sentença. Por outro lado, ele também ressalva que tais coisas devem ser mantidas

Acesso ao Sumário

em poder do Juízo "enquanto interessarem ao processo" (STJ, RMS 50588 SP, DJe 25/5/2016, rel. O Min. Reynaldo Soares da Fonseca).

Vou além: o art. 5º, inc. II, da Lei 12.016/2009 estabelece que *"Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:* (...) *de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo"*. Repete-se nesta quadra a orientação já pronunciada neste voto, qual seja, o verbete 267 do col. STF, *"Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição"*.

A impetração de mandado de segurança contra ato judicial somente é admitida em hipóteses excepcionais, como decisões de natureza teratológica, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, capazes de produzir danos irreparáveis ou de difícil reparação ao Impetrante. Mas aqui tais hipóteses não restaram evidenciadas. Confira-se julgados de igual teor: STF, RMS 38712 ED-AgR, j. 19/6/2023, rel. Min. Edson Fachin e STJ, RMS 23680 SP, DJe 2/2/2012, rel. Min. Laurita Vaz.

E a Impetrante ainda revelou ter vendido o veículo para Lucas de Souza Silva (vide segundo parágrafo de fl. 2 e cópia de contrato inserida no memorial final), pessoa essa que, de fato, consta como investigado por estelionato no mencionado procedimento administrativo, cujos autos encontram-se em anexo.

Transcrevo o teor de fl. 9 dos autos de nº 1528960-33.2023.8.26.0050: "(...) *identificou-se o boletim de ocorrência RDO n° 791850/2022 da Delegacia Eletrônica, no qual Lucas narra que estava de posse do veículo Audi A3 LM 150 CV, de placas GFI8G53-SC, avaliado em, aproximadamente, R$ 95.000,00 (FIPE). Esse veículo consta em nome de CAMILA PACHECO LUIZ (CPF n° 09310128992), registrando na cidade de Ararangua/SC e possui restrição em seu documento decorrente de alienação fiduciária. Segundo os colaboradores da investigação, esse veículo teria sido* ***financiado fraudulentamente****, tratando-se do comumente chamado de "NP" (veículo não pago). Apurou-se que ele possui* ***diversas multas e dividas de impostos****, confirmando essa informação* (...)" (destaques originais).

Lido o IP n. 1522726-35.2023.8.26.0050, nele, a fls. 3/5, encontramos relatório envolvendo fraudes com negócios suspeitos a esclarecer, sendo que o adquirente do veículo que se almeja liberar (Audi A3 2017 placas GF18G53), Lucas de Souza Silva, foi ouvido e é investigado, de sorte que o pronunciamento judicial acerca do interesse presente na coisa em comento tem razão de ser.

Nesse contexto, então, a meu sentir, o indeferimento na origem não se mostrou desarrazoado ou teratológico, haja vista a aparente relação deste bem com os fatos que seguem sendo apurados.

Não se há falar em direito líquido e certo à liberação.

Por fim, não é caso de conceder o benefício da gratuidade da Justiça. É assente na jurisprudência do e. STJ que a simples declaração de hipossuficiência da pessoa natural, ainda que dotada de presunção "iuris tantum", é suficiente

Acesso ao Sumário

para o deferimento do pedido de gratuidade de justiça, **contudo, com a expressa ressalva, quando não ilidida por outros elementos dos autos** (AgInt no REsp 1836136 / PR).

Ainda a respeito do benefício postulado, é relevante transcrever parte do pronunciamento da d. Procuradoria de Justiça para se indispor com a pretensão: *"(...) a obtenção de financiamento bancário de um veículo de elevado valor, incompatível para quem se apresenta como pessoa pobre"* (*verbis* - fl. 85 parecer ministerial). Nem se olvide que, segundo o quanto narrado na petição inicial, a venda do automóvel para Lucas teria acontecido pelo montante de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a indicar que a parte possui condições econômicas de arcar com as custas da presente ação mandamental. Ora, o eventual deferimento do benefício para pessoas com tais condições subjetivas haveria de sobrecarregar o Estado sem plausibilidade para deferimento.

Eu denego a ordem e indefiro a assistência judiciária gratuita.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso Em Sentido Estrito nº 0008455-62.2018.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido ANALICE MUSSOLIN MARINO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por v.u.., deram provimento ao recurso interposto pela Acusação em desfavor de ANALICE MUSSOLIN MARINO, para anular a r. sentença recorrida, ficando determinado o prosseguimento do feito nos seus ulteriores termos. Presente o advogado Rafael Khalil Coltro.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto Nº 32.521)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 23 de novembro de 2023.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito – Trancamento de ação penal por ausência de justa causa – Prescrição virtual – Inocorrência

A prescrição pela pena que poderá vir a ser aplicada, a chamada "prescrição da pretensão punitiva ante-

Acesso ao Sumário

cipada" ou "em perspectiva" ou "futura" ou, ainda, "prescrição virtual", além de não estar prevista em lei e por isso não poder ser reconhecida, reveste-se de inconstitucionalidade evidente por ignorar o princípio da presunção de inocência.

VOTO

Vistos,

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra a r. decisão de fls. 152/153, do MM. Juiz Luis Gustavo Esteves Ferreira, da 1ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo, que trancou a ação penal ajuizada em face de ANALICE MUSSOLIN MARINO, reconhecendo "a inexistência de justa causa", com fundamento no art. 648, I, do CPP.

Argumentando pela impossibilidade de reconhecimento de "prescrição virtual", pugna o Ministério Público pelo provimento do presente recurso, para que seja reformada a decisão proferida, com o regular prosseguimento do feito (fls. 159/166).

Processado e contra-minutado o recurso (fls. 170/174), a r. decisão impugnada foi mantida (fls. 175), tendo a D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo seu desprovimento (fls. 186/188).

A fls. 183, a Defesa se opôs ao julgamento virtual do presente procedimento.

É o Relatório.

O presente recurso deve ser provido.

Segundo consta dos autos, Analice Mussolin Marino foi denunciada por ter, em 04 de outubro de 2018, subtraído para si 11 peças de roupa, conjuntamente avaliadas em R$ 1.849,00, da loja "Zara", localizada no "*Shopping* Ibirapuera". Conforme bem explanado a fls. 68:

> Segundo o apurado, a acusada se dirigiu ao local dos fatos, já disposta à prática da subtração. Ali, se fazendo passar por uma cliente, passou a escolher algumas peças de roupa nas prateleiras e conduziu-se com estas ao provador. Vestiu uma calça e colocou as demais peças numa sacola. Logo após, evadiu-se da loja rapidamente, levando consigo o produto do crime.
>
> Ao passar pela entrada, houve o disparo de sinais sonoros devido aos dispositivos acoplados nos produtos subtraídos.
>
> A acusada, não obstante, apressou o passo. Foi seguida pelo gerente do estabelecimento atravessando o estacionamento do *Shopping* e chegando à via pública, onde foi finalmente alcançada e detida.
>
> Indagada acerca da referida sacola, a acusada confessou ter subtraído os objetos que estavam em seu interior. Assim, com o auxílio de seguranças

Acesso ao Sumário

do *Shopping Center*, a acusada foi conduzida novamente à loja onde o gerente contabilizou o prejuízo sofrido e acionou as autoridades policiais. No Distrito Policial, ainda, foi constatado que a calça que a acusada trajava também havia sido subtraída da loja, no valor de R$199,00.

A denúncia foi recebida em 07 de novembro de 2018 (fls. 71). Após delonga do feito, decorrente da insistência da Defesa no oferecimento de acordo de não persecução penal pelo *Parquet* (ao final não ofertado), foi apresentada resposta à acusação (fls. 149/151), tendo o MM. Juiz *a quo*, então, proferido a r. decisão recorrida (fls. 152/153), assim fundamentada:

> Considerada a situação processual da acusada e a possível pena aplicada, que certamente não irá chegará ao dobro da pena mínima cominada para o delito de furto simples consumado - ressaltando que, *in casu*, a imputação de furto simples - em conjugação com os prazos prescricionais previstos nos artigos 109, inciso V, do Código Penal, decorridos mais de 4 anos desde o último marco interruptivo da prescrição, de rigor o imediato trancamento da relação jurídico-processual, por ausência de justa causa, ante o inevitável reconhecimento da prescrição retroativa, na hipótese de eventual condenação, a pena certamente não alcançará o dobro da pena mínima prevista (2 anos - com consequente prescrição em 4 anos).

Analisados os autos, entende-se assistir razão ao *Parquet* no recurso por ele interposto. Não é caso, com efeito, de trancamento da ação penal, com base em ausência de justa causa, por meio do implícito reconhecimento de prescrição virtual da pretensão punitiva.

O crime de furto simples, ao qual é cominada pena máxima de 04 anos, prescreve em 08 anos, nos termos do art. 109, IV, do CP. Observe-se que aludido prazo não transcorreu desde o recebimento da denúncia (07 de novembro de 2018 - fls. 71).

Não se concebe, ademais, de reconhecimento de ausência de justa causa com lastro em uma provável futura reprimenda, uma vez que a prescrição em concreto pressupõe a existência de uma pena fixada em sentença, não bastando, para esse efeito, a maior probabilidade de que aquela a ser eventualmente aplicada venha a acarretar o reconhecimento da prescrição.

A respeito já vêm decidindo os Tribunais superiores:

> ***Habeas Corpus* - Processual Penal - Tergiversação - Prescrição em perspectiva, virtual ou antecipada - Ausência de Previsão legal - Ordem denegada**
>
> A teor dos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva regulada pela pena em concreto tem como pressuposto o trânsito em julgado da condenação para a acusação, faltando amparo legal a denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou vir-

Acesso ao Sumário

tual, fundada em condenação apenas hipotética.[1]

A ideia da prescrição antecipada em si, além de não encontrar abrigo na legislação penal vigente, viola os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e da ampla defesa, na medida em que tanto o réu quanto a sociedade têm direito a que o Estado-Juiz profira uma sentença de mérito, na qual aquele anseia por ser absolvido e essa em ser feita Justiça com o autor da infração penal apurada.

Nesse sentido:

> Em face dos dispositivos que regem o instituto da prescrição, não é possível reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa, baseada na pena a ser hipoteticamente fixada, sem que haja uma sentença condenatória, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência. À decretação antecipada, ainda que sob a justificativa de agilização da Justiça, pressupõe a existência de condenação e o réu tem direito a uma decisão de mérito na qual eventualmente poderá obter sua absolvição ou recorrer da decisão condenatória.[2]
>
> A prescrição antecipada não pode ser reconhecida. Com ela pretende-se eleger o julgamento antes de transitar em julgado a sentença final, o que é imprevisto pela lei penal, posto que o réu seria apenado sem processo.[3]
>
> É inadmissível reconhecimento antecipado da prescrição, assentada na pena a ser concretizada em sentença futura. Acarretando a extinção do processo-crime por falta de interesse de agir do titular da ação penal, vez que inspirada em meras suposições, e sem apoio nos preceitos do Código Penal que disciplinam as modalidades da prescrição.[4]

Não é outro o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no Enunciado 438 de sua Súmula de Jurisprudência, vazado nos seguintes termos:

> É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

1 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 30.368/SP (2003/0161693-7). Impetrante: Renata Ramos Rodrigues. Impetrado: Décima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Paciente: Kátia Marques Gomez. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. 6ª Turma. votação unânime. Brasília, 10 de agosto de 2004. Diário da Justiça 13 Dez. 2004, p. 460. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=490178&tipo=0&nreg=200301616937&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20041213&formato=PDF&salvar=-fals e>. Acesso em: 06 Out. 2014.

2 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso em Sentido Estrito nº 26.012-0. Relator: Desembargador Plínio Cachuba. 2ª Câmara Criminal. Curitiba, 01 de abril de 1993. **Revista dos Tribunais**, v. 701, p. 362.

3 BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. São Paulo, . Relator: Juiz Ribeiro dos Santos. **Revista de Jurisprudência de Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**, v. 11, p. 195.

4 BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. São Paulo, . Relator: Juiz Ribeiro Machado. **Revista de Jurisprudência de Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**, v. 14, p. 126.

Acesso ao Sumário

Em resumo, a prescrição pela pena que poderá vir a ser aplicada, a chamada "prescrição da pretensão punitiva antecipada" ou "em perspectiva" ou "futura" ou, ainda, "prescrição virtual", além de não estar prevista em lei e por isso não poder ser reconhecida, reveste-se de inconstitucionalidade evidente por ignorar o princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, como bem ponderado na minuta recursal (fls. 163):

> A prescrição em perspectiva é instituto repudiado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, por violar o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena, a ser eventualmente aplicada.

Pontue-se, de todo modo, que, ao contrário do que consta da r. sentença, existe a possibilidade, na hipótese dos autos, de aplicação de privação de liberdade superior a 02 anos, considerando-se as circunstâncias judiciais negativas evidenciadas (acusada passou-se por cliente para subtrair a *res*, avaliada em quase dois mil reais), bem como a reincidência por ela ostentada (fls. 79/80).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso interposto pela Acusação em desfavor de ANALICE MUSSOLIN MARINO, para anular a r. sentença recorrida, ficando determinado o prosseguimento do feito nos seus ulteriores termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0006930-78.2023.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente ALI CHARIF SALEH, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.676)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente sem voto), FERNANDO SIMÃO e FREITAS FILHO.

São Paulo, 29 de novembro de 2023.

IVANA DAVID, Relator

Acesso ao Sumário

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – DENEGAÇÃO DE PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA COM BASE NA PENA MÁXIMA EM ABSTRATO

COMINADA A SUPOSTO DELITO. DESCABIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - HIPÓTESE DOS AUTOS QUE PERMITE A VISLUMBRAR A OCORRÊNCIA DE FRAUDES À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, A DEMANDAR INVESTIGAÇÕES E DILIGÊNCIAS - CAPITULAÇÃO A SER EXPOSTA NO EVENTUAL OFERECIMENTO DA DENÚNCIA, DESTARTE, QUE PODERÁ SER OUTRA QUE NÃO A PRETENDIDA PELO RECORRENTE, NEM SE LIMITANDO O ÓRGÃO ACUSADOR ÀQUELA ESCOLHIDA PELA AUTORIDADE POLICIAL - PRESCRIÇÃO QUE SOMENTE PODERÁ SER CALCULADA QUANDO DA FORMAÇÃO DA *'OPINIO DELICTI'* PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, AFIGURANDO-SE PREMATURO O ALMEJADO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso em sentido estrito, interposto pela Defesa de ALI CHARIF SALEH contra a r. decisão (fl. 58) proferida pela MM Juíza de Direito dra. Márcia Mayumi Okoda Oshiro, que indeferiu pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com o consequente decreto de extinção da punibilidade nos autos nº 1519049-31.2022.8.26.0050, em que se apura o cometimento de delito contra a ordem tributária.

Em suma, o recorrente sustenta que a 'suposta infração fiscal' indicada no auto de infração e imposição de multa somente poderia ser capitulada no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, na medida em que se trata de hipótese de substituição tributária, ressaltando que o prazo prescricional é o de 4 (quatro) anos, e pela pena máxima abstratamente cominada, já decorreu tal lapso temporal no caso concreto.

Argumenta, de resto, com a declaração de extinção da punibilidade levada a efeito em caso idêntico, e postula assim a reforma do julgado para decretar-se a extinção da punibilidade pela prescrição, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal, e o consequente arquivamento do inquérito (fls. 01/14).

Processado o recurso com resposta (fls. 22/27) e mantido o *decisum* impugnado em juízo de retratação como se vê de fl. 28, subiram os autos e a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 69/76), vindo conclusos a seguir.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Pesem os veementes argumentos, vê-se que não merece reparos o *decisum*, impondo-se breve relato dos fatos e alguma digressão.

No caso, apurou-se em resumo que a empresa "*Supermix Comércio de Produtos de Perfumaria Ltda.*" - da qual o recorrente é sócio administrador, teria deixado de recolher o ICMS devido, no regime da substituição tributária, no valor de R$ 83.499.098,65 (oitenta e três milhões, quatrocentos e noventa e nove mil, noventa e oito reais e sessenta e cinco centavos), referente aos períodos de abril/2014 a junho/2016, e de setembro a novembro/2016, porque se tratando de estabelecimento localizado neste Estado de São Paulo, teria recebido mercadorias de outros Estados não signatários de Convênio, constatando-se todavia que a origem das citadas mercadorias era simulada desde que não apresentada a escrituração respectiva.

E lavrado o competente auto de infração (AIIM n. 4.093.733-1), embora exercitada a ampla defesa na seara administrativa-fiscal, pagamento não houve e o débito foi inscrito na dívida ativa (CDA n. 1.308.676.197), seguindo-se a representação fiscal para fins penais.

Ocorre que, antes mesmo do oferecimento de alguma denúncia, arrimando-se em alegada capitulação do fato no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, argumenta o recorrente que em caso análogo se reconheceu a prescrição da pretensão punitiva diante da pena máxima em abstrato prevista para o delito em questão, postulando, nessa conformidade, seja também aqui reconhecida a extinção da punibilidade com o consequente arquivamento do feito.

Sem razão, todavia.

Primeiramente, o só fato de se ter reconhecido a prescrição da pretensão punitiva em caso análogo, por si, não ensejaria a tomada da mesma decisão nestes autos, nem estando o d. Promotor de Justiça aqui oficiante vinculado à '*opinio delicti*' de outros membros do Ministério Público.

Ademais, é certo que em decorrência das autuações fiscais foram lavrados, além daquele referente aos presentes autos de inquérito, outros dezessete (17) autos de infração e imposição de multa, a indicar a possível existência de um complexo e milionário esquema de evasão fiscal desenvolvido por um grupo de empresas atacadistas localizadas no estado de São Paulo, todas elas controladas pelas mesmas pessoas e vislumbrada a ocorrência de fraudes na constituição societária.

Acesso ao Sumário

E caracterizando-se como 'empresas de fachada' que exercitam operações interestaduais de recebimento de mercadorias sujeitas à tributação, constatou-se, todavia, a ocorrência de simulação, não se procedendo ao recolhimento do tributo devido e assim, provavelmente, fraudando-se a legislação tributária.

Nessa conformidade, exigindo-se maiores investigações e diligências, a capitulação a ser exposta na oportunidade do eventual oferecimento da denúncia poderá ser outra que não a pretendida pelo recorrente, tampouco se limitando

àquela escolhida pela autoridade policial no início das investigações.

Vale dizer, a prescrição somente poderá ser calculada quando da formação da '*opinio delicti*' pelo órgão acusatório, como bem consignou a M Juíza, daí afigurar-se prematuro o almejado reconhecimento da prescrição.

Fazendo-se o registro, por derradeiro, que os autos do inquérito questionado (n. 1519049-31.2022.8.26.0050) foram apensados a outro procedimento investigativo, o inquérito de n. 1507135-04.2021.8.26.0050, no qual se apura o cometimento, por parte da mesma empresa contribuinte 'Supermix', de infrações relativas à documentação fiscal no recebimento de mercadorias, de infrações relativas ao recolhimento do ICMS devido no regime da substituição tributária e, ainda, de fraude à fiscalização tributária na emissão de documentos fiscais, verificando-se, pela consulta ao sistema **'e-SAJ'** (http://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?) de andamentos desta e. Corte de Justiça, ora efetuada, que a autoridade policial requereu, em 14 de setembro último, dilação de prazo para o término das investigações.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1024323-33.2022.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são recorrentes/querelantes OLTEN AYRES DE ABREU JUNIOR e JULIO CESAR CASARES, são querelados FABIO GIACONI DE BRITO MACHADO e KRISTIAN CARNEIRO ORBERG e Recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso e condenaram os recorrentes ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.265)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente), AUGUSTO DE SIQUEIRA e MARCELO GORDO.

São Paulo, 30 de novembro de 2023.

XISTO RANGEL, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito. Rejeição da queixa-crime (difamação). Pretendido o recebimento da queixa. Não acolhimento. Não se vislumbra qualquer

Acesso ao Sumário

possibilidade de alteração da decisão proferida pelo juízo a quo. Queixa-crime que é inepta na medida em que não houve descrição precisa dos fatos criminosos com todas suas circunstâncias, conforme disposto no art. 41 do CPP. Ademais, não se pode desconsiderar que os querelantes atualmente são representantes de um grande clube de futebol cuja torcida (que é a terceira maior do país) ultrapassa mais de quinze milhões de pessoas, de sorte que, é de se esperar que os recorrentes desenvolvam uma certa couraça, ou seja, que não se ofendam com as críticas, ainda que acerbas, aos posicionamentos adotados na condução do clube e em seu cenário político. Ausência de dolo específico de ofender os recorrentes. Manifestação dos querelados que está amparada pela liberdade de crítica/opinião. Princípio da indivisibilidade da ação penal privada. Ofensa. Negado provimento ao recurso. Sucumbentes condenados ao pagamento de honorários advocatícios.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por **OLTEN AYRES DE ABREU JÚNIOR** e **JÚLIO CESAR CASARES** contra a decisão de fls. 96/100 que rejeitou a queixa-crime proposta em face de FÁBIO GIACONI DE BRITO MACHADO e KRISTIAN CARNEIRO ORBERG, com fulcro no art. 395, I e III, do Código de Processo Penal.

Os querelantes propuseram queixas-crime individuais contra os recorridos acusando-os de difamação:

1024323-33.2022.8.26.0050 (Olten x Fábio);
1024335-47.2022.8.26.0050 (Júlio x Kristian);
1024325-03.2022.8.26.0050 (Olten x Kristian);
1024328-55.2022.8.26.0050 (Júlio x Fábio);

De acordo com as iniciais, em 30 de agosto de 2022, o querelado Fábio publicou no grupo do *Facebook* "Sócios São Paulo FC" uma postagem na qual se lê: *Artigo do Movimento 1930 sobre a nova tentativa de golpe de Casares e Olten. Vamos lembrar sempre que, se dependesse desses golpistas, nós nem deveríamos ter o direito de votar em 2023*.

A postagem foi acompanhada do link no qual o usuário é direcionado a uma publicação do site *Movimento 1930* onde se lê: *Novo golpe: a volta dos que não foram*.

Além de ser publicada no *Facebook*, em uma página dedicada aos sócios

Acesso ao Sumário

do São Paulo Futebol Clube, a referida matéria também foi publicada no *Twitter*, na página do Movimento 1930.

Kristian, por sua vez, é apontado como dono do site em que a publicação foi feita (www.Movimento1930.com.br).

De acordo com os recorrentes, tais fatos se encaixam perfeitamente na conduta descrita no art. 139 do Código Penal, com incidência da causa de aumento do art. 141, §2º, do CP, já que os querelados tiveram o óbvio propósito de conspurcar a boa reputação de Olten (atual presidente do Conselho Deliberativo do SPFC) e Júlio (atual presidente do SPFC) através das redes sociais.

As queixas-crime foram instruídas com procuração específica (fl. 8) e ata notarial (fls. 16/28).

Por decisão proferida a fl. 75, os quatro processos foram reunidos.

A Promotoria, então, se manifestou pela rejeição das queixas-crime oferecidas, por falta de justa causa, conforme se confere a fl. 89/94.

Por decisão judicial proferida em 17 de maio de 2023, a manifestação ministerial foi acolhida e as queixas-crime foram rejeitadas, com arrimo no art. 395, I e III, do Código de Processo Penal, estendendo-se a decisão aos autos 1024335-47.2022.8.26.0050, 1024325-03.2022.8.26.0050 e 1024328-55.2022.8.26.0050.

Inconformados, os querelantes recorreram às fls. 110/124. Em resumo, buscam a reforma da decisão para regular processamento do feito. Alegam que *é clarividente o cunho difamatório das declarações e postagens feitas pelos querelados e que rejeitar a queixa-crime, como o fez o juízo a quo, é prejulgar o feito, antes da regular instrução criminal*.

A taxa judiciária foi recolhida no ajuizamento da ação e na interposição do recurso, vide fls. 29/32 e 132/133, bem como fls. 30/33 dos demais autos.

Os recorridos apresentaram contrarrazões às fls. 150/176.

O Ministério Público se manifestou pelo não provimento do recurso, vide fl. 189/191.

A decisão impugnada foi mantida a fl. 192.

A PGJ, por seu turno, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 207/209).

Houve interesse na realização de sustentação oral (fls. 199/200 e 203).

É o relatório.

Conforme se depreende dos autos, todos os envolvidos são sócios-conselheiros do São Paulo Futebol Clube, sendo que, desde 2021, Júlio Casares e Olten Ayres ocupam funções diretivas na agremiação.

Em 23 de janeiro de 2022, foi realizada a Assembleia Geral Extraordinária de associados do clube com intenção de alterar o Estatuto Social em quatorze itens, dentre os quais, o retorno da reeleição para presidente, o aumento do mandato dos conselheiros de três para seis anos e a liberação para que membros do conselho exerçam cargos em diretorias.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, se instalou entre as partes verdadeira briga política em razão da contraposição de opiniões acerca das regras internas previstas no Estatuto do clube, já que o grupo político liderado por Julio e Olten (situação) era favorável às alterações propostas enquanto Fábio e Kristian se posicionaram em sentido contrário.

Os sócios do clube rejeitaram as mudanças, conforme se confere por meio das reportagens do *Uol*[1] e do portal *Goal*[2].

Pouco mais de sete meses da decisão, Olten, na condição de presidente do Conselho Deliberativo, convocou nova assembleia (a ser realizada em 05 de setembro de 2022) com a finalidade de rediscutir o tema, especialmente a possibilidade de reeleição para tal cargo e para o de Presidente do Clube, exercido pelo querelante Júlio Casares[3].

Por conta dessa ação, em 30 de agosto de 2022, o chamado "Movimento 1930", cujo sítio eletrônico é de propriedade do querelado Kristian, publicou o texto *Novo golpe: a volta dos que não foram* (fls. 125/131), que foi compartilhado pelo querelado Fábio nas redes sociais.

Não obstante os argumentos dos recorrentes, não há muito que se acrescentar aos fundamentos já apresentados pelo juízo na decisão aqui hostilizada e aos argumentos da PGJ expostos em seu prestimoso parecer.

De fato, a queixa-crime é realmente lacunosa. Não há descrição adequada da conduta criminosa dos recorridos.

Como bem destacou o juízo, *as queixas-crime ofertadas, limitam-se a reproduzir o documento e passagens de manifestações por meio das redes sociais sobre a matéria acima referida, afirmando-se que foi praticado o delito de difamação, sem individualizá-lo com indicação objetiva de quais seriam as afirmações feitas que teriam o condão de ofender o bem jurídico tutelado, por quais argumentos teriam se sentido difamados, e inexistindo qualquer conjectura acerca do cenário e das condições em que apresentados os comentários, sem qualquer demonstração efetiva do dolo específico de atingir a honra objetiva dos querelantes.*

Acesso ao Sumário

E ainda que superada essa questão, a manifestação dos querelados está amparada pela liberdade de crítica/opinião.

O "Movimento 1930", conforme se confere a fl. 160, se identifica como *um coletivo de são-paulinos que se conheceram por meio do amor em comum pelo São Paulo Futebol Clube e buscam batalhar em prol do crescimento e da perpetuidade da instituição, com base em valores fundamentais que compartilhamos e na premissa de que o SPFC não é apenas um clube, mas um ideal,*

1 https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/2022/01/23/sao-paulo-mudanca-no- estatuto-e-rejeitada-por-socios-em-votacao.htm

2 https://www.goal.com/br/not%C3%ADcias/socios-do-sao-paulo-rejeitam-reeleicao-e-mudanca-de-estatuto-e-agora/bltd396498e0dd2bd56

3 https://ge.globo.com/futebol/times/sao-paulo/noticia/2022/09/24/socios-do-sao-paulo-votam-neste- sabado-mudanca-do-estatuto-que-permite-reeleicao-do-presidente.ghtml

calcado em princípios de ética e de vanguarda que há anos estão sendo negligenciados.

Na publicação compartilhada por Fábio nas redes sociais, o "Movimento 1930" faz críticas à postura dos querelantes no exercício das funções diretivas que exercem no clube, especialmente enfatizando que, na visão deles, a iniciativa de convocar nova assembleia extraordinária configuraria tentativa de golpe para a perpetuação no poder.

Além disso, a matéria também destaca a incoerência dos recorrentes que, antes de assumirem os atuais cargos, se posicionavam de forma contrária à reeleição presidencial, razão pela qual concluíram que a *mudança da regra eleitoral no meio do processo em curso é golpe.*

Não se verifica, portanto, o *animus difamandi* na conduta dos querelados, imperioso para a configuração do delito que, além do dolo, exige a presença do elemento subjetivo específico, qual seja, a especial intenção de atingir a honra objetiva da vítima.

Com efeito, não se pode desconsiderar que os querelantes atualmente são representantes de um grande clube de futebol cuja torcida (que é a terceira maior do país[4]) ultrapassa mais de quinze milhões de pessoas[5], de sorte que, é de se esperar que os recorrentes desenvolvam uma certa couraça, ou seja, que não se ofendam com as críticas, ainda que acerbas, aos posicionamentos adotados na condução do clube e em seu cenário político.

Mutatis mutandis, essa proteção mais débil da honra (do que a usualmente admitida) tem sido adotada há tempos pelo STF no meio político:

Crime contra a honra e a vida política. É certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a zona di iluminabilitá, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários; mas a tolerância com a liberdade da crítica ao homem público há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade: por isso, em tese, pode caracterizar delito contra a honra a assertiva de haver o ofendido, ex-Prefeito, deixado o Município "com dívidas causadas por suas falcatruas. - HC 78426, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 16/03/1999, DJ 07-05-1999 PP-00004 EMENT VOL-01949-02 PP-00323);

O que não quer dizer, entretanto, que pelo abuso do direito de manifesta-

4 https://ge.globo.com/futebol/noticia/2023/04/25/maiores-torcidas-do-brasil-pesquisa-atlas-mostra- flamengo-corinthians-e-sao-paulo-no-top-3.ghtml

5 https://www.lance.com.br/futebol-nacional/maiores-torcidas-do-brasil-segundo-o-censo-do- ibge.html

Acesso ao Sumário

ção do pensamento com a propagação de crítica infundada ou mal formulada, não possa haver reprovação e consequências ao ofensor no cível, em assim querendo o ofendido.

A demanda no âmbito cível, inclusive, é o caminho indicado pela Constituição Federal, conforme art. 5º incisos V e X:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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;

Afinal, o Direito Penal, não esqueçamos, deve ser compreendido em conformidade com particular universo de princípios, dos quais ressaltamos:

1) Dignidade da Pessoa Humana: significando que deve pautar-se pela excepcionalidade e comedimento, muito porque, como ordenamento eminentemente restritivo, e, estigmatizante, não deve ser entendido senão em função da realização de valores necessários ao convívio de pessoas com suas moderadas imperfeições - e não de pessoas perfeitas;

2) Intervenção Mínima: o direito penal é a última *ratio*, não devendo, pois, interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe, desnecessariamente, autonomia e liberdade (a tutela do Direito Penal é precisamente a de intervir o mínimo possível para conseguir o máximo de liberdade Juan Carlos Carbonell Mateu, citado no "Código Penal e sua interpretação" de Alberto Silva Franco e outros, RT, 8ª edição, página 49);

3) Ofensividade: não há infração penal sem grave ofensa, ou perigo de ofensa, ao bem jurídico tutelado, que no caso, pelo fato de haver outras previsões sancionadoras, impõe a prevalência do seu trato, quando muito, no âmbito do direito civil.

Aliás, como pondera Luiz Felipe PONDÉ, é preciso caprichar no filtro, pois a tutela dos humores ofendidos, ou simuladamente ofendidos, pode destruir a democracia porque esta exige pessoas (em especial as públicas) que não se ofendam com tudo o que os outros dizem. A democracia é um regime argumentativo, e retórico, especialmente na dimensão social do debate ("Humores ofendidos", Folha de S. Paulo 9 de julho de 2018).

A democracia, como costuma dizer o filósofo, é naturalmente tagarela. E tal constatação ganha ainda maior força em tempos de profusão de veículos de comunicação e de redes sociais.

Destaco também, por oportuno, a tese n. 7 do Superior Tribunal de Justiça (jurisprudência em teses, Ed. 130): *Expressões eventualmente contumeliosas, quando proferidas em momento de exaltação, bem assim no exercício do direito de crítica ou de censura profissional, ainda que veementes, atuam como fatores de descaracterização do elemento subjetivo peculiar aos tipos definidores dos*

Acesso ao Sumário

crimes contra a honra.

Enfim, como já destacado, não vislumbro o dolo específico de ofender os recorrentes, antes disso, observo prevalência de intenção de exercer seu direito de crítica, o que nos leva a, nos termos do art. 252 do Regimento Interno, ratificar a sentença:

(...) Vale destacar que, tratando-se de figuras públicas, os impactos das críticas atingem da mesma forma que o dimensionamento e o alcance de suas manifestações, não se podendo considerar qualquer crítica suficientemente apta a ensejar um delito criminal. Além disso, tratando-se de discussão política e em elevados cargos em um grande clube de futebol, é certo que existirão posicionamentos contrários, o que faz parte do próprio processo democrático, de maneira que qualquer imputação delitiva, sem a delimitação adequada e o sopesamento devido entre os valores constitucionais, possibilita, eventualmente, um próprio tolhimento da liberdade de expressão.

Como bem observado pelo Ministério Público, ainda que se ignore a ausência de clara e objetiva indicação de conduta na petição inaugural, da leitura atenta dos documentos juntados não é possível extrair-se a existência de qualquer conduta que possa ser considerada típica, sendo que as manifestações encontram-se amparadas pela liberdade de expressão, inexistindo qualquer desrespeito aos limites da manifestação do pensamento por meio da indicação de opinião oposta. Não se ignora a honra da pessoa, todavia, da forma como indicada na peça acusatória, sopesando com o conteúdo da matéria e dos comentários, não se mostra possível indicar sua efetiva violação e o animus difamandi na conduta dos querelados, aparentando, em verdade, um posicionamento político distinto e com uma crítica acerca dos posicionamentos adotados na condução do clube. Portanto, em vista da liberdade de expressão e ausente o tipo subjetivo do crime em questão, não se vislumbra justa causa para a presente persecução penal.

E ainda que assim não fosse, o princípio da indivisibilidade das ações penais privadas, previsto nos arts. 48 e 49 do Código de Processo Penal, não foi devidamente respeitado pelos recorrentes, já que não houve o oferecimento de queixa-crime contra as outras pessoas a quem, em tese, poderia se atribuir a mesma conduta dos querelados, notadamente os jornalistas Luis Augusto Simon, Arnaldo Ribeiro e Eduardo Tironi, e também os sócios do clube que fizeram "diversos comentários depreciativos e caluniosos" – fl. 03 na publicação do querelado Fábio no Facebook, conforme bem destacado pelos recorridos em contrarrazões.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A HONRA. QUEIXA-CRIME. AUSÊNCIA DE NULIDADE DE JULGAMENTO DA CORTE ESPECIAL. ARTS. 172, CAPUT, E 175, DO RISTJ. AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVA-

Acesso ao Sumário

DA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. ARTS. 48 E 49, AMBOS DO CPP. REJEIÇÃO DA EXORDIAL. 1. O julgamento da Corte Especial em que foi examinada a questão do pretendido aditamento à queixa-crime observou os arts. 172, caput, e 175, ambos do Regimento Interno do STJ. Nulidade não configurada. 2. Nos termos do princípio da oportunidade, cabe ao autor optar por oferecer ou não a queixa-crime, ***mas se optar pelo oferecimento, deve obrigatoriamente processar todos os autores do delito, sob pena de restar caracterizada a renúncia tácita ao direito de queixa e a extinção da punibilidade, estendida aos demais coautores (art. 49 do CPP e art. 107, V, do Código Penal).*** *3. O querelante tinha conhecimento da suposta coautoria quando do oferecimento da queixa, impondo-se a rejeição da inicial acusatória, nos termos dos arts. 48 e 395, II, ambos do CPP. 4. Queixa-crime rejeitada, com a extinção da punibilidade do querelado, nos termos do art. 395, II, do CPP e do art. 107, V, do Código Penal.* - APn n. 971/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 21/9/2022, DJe de 27/9/2022).

Dada a sucumbência em primeiro grau, condeno os querelantes ao pagamento, a título de honorários advocatícios, do montante de R$ 5.358,63, conforme tabela de honorários da OAB-SP, item 17.1, alínea "f" (outros procedimentos perante os Tribunais Estaduais à falta de previsão específica para o caso concreto), na forma do art. 85 do CPC, de aplicação subsidiária à espécie (já que o art. 804 do CPP silencia a esse respeito).

Os honorários são devidos em razão do princípio da causalidade, pois com a sua atuação, os querelantes deram causa a que a parte contrária tivesse despesas com a contratação de advogado, que apresentou contrarrazões em favor dos recorridos (ver petição de fls. 150 e seguintes).

Nesse sentido:

1 - *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. QUEIXA-CRIME. IMPROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS IMPOSTOS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 20, §3º, DO CPC. POSSIBILIDADE. VALOR. EXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. 1. Consoante a jurisprudência sedimentada do STJ, o princípio geral da sucumbência é aplicável no âmbito do processo penal quando se tratar de ação penal privada. Precedentes. 2. Não cabe ao STJ revisar os valores de sucumbência fixados pela instância ordinária em consideração aos elementos fáticos da causa. Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.* - AgRg no REsp n. 1.206.311/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi;

2 - *TJ-BA - Apelação APL 05031118320148050080 (TJBA) data de publicação: 23/02/2017 - Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO PENAL PRIVADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PEREMPÇÃO. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATICIOS EM AÇÃO PENAL PRIVADA. SUCUMBÊNCIA.*

Acesso ao Sumário

POSSIBILIDADE. ANALOGIA AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PLEITO DE CONDENAÇÃO DA QUERELANTE AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Em que pese o processo penal não prevê textualmente a sucumbência, é perfeitamente possível haver condenação em honorários advocatícios em ação penal privada. Conclusão que se extrai da incidência dos princípios da sucumbência e da causalidade, o que permite a aplicação analógica do art. 20 § 4º do Código de Processo Civil. Assim, mesmo não havendo parte vencida e vencedor, como no caso em epígrafe, não cabe eximir o querelante do pagamento das verbas sucumbenciais pelo só fato de o mérito da demanda não ter sido analisado em virtude da extinção da punibilidade pela perempção, principalmente por restar evidenciado que o causídico do querelado prestou efetivamente seus serviços. Ademais, é valido salientar que, à luz do princípio da causalidade, extinto o processo sem julgamento do mérito, decorrente da perempção, a parte que deu causa à extinção do feito deverá suportar o pagamento dos honorários advocatícios. Logo, a ocorrência de causa de extinção da punibilidade sem análise do mérito da demanda, não impossibilita o pagamento das verbas sucumbenciais, competindo ao Juízo nomeante, ao final da ação, fixar os honorários advocatícios, devendo, para tanto, se balizar na tabela de honorários da OAB e em critérios relacionados à complexidade da causa, diligência, zelo profissional e tempo de tramitação da ação. Recurso conhecido e provido. - Classe: Apelação,Número do Processo: 0503111-83.2014.8.05.0080, Relator (a): Abelardo Paulo da Matta Neto, Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma, Publicado em: 23/02/2017.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO e condeno os recorrentes ao pagamento de honorários advocatícios na forma supra estabelecida.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2238549-61.2023.8.26.0000, da Comarca de Salto, em que é peticionário PAULO ROGERIO DE MELO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deferiram a presente revisão criminal para, desclassificada a condenação para o crime de roubo majorado, pelo concurso de agentes (art. 157, II, do CP), reduzir as penas impostas ao peticionário Paulo Rogério de Melo para cinco anos, onze meses e três dias de reclusão e 13 dias-multa, no valor unitário mínimo; esten-

Acesso ao Sumário

dendo-se o teor da presente decisão ao corréu Lucas Adriano da Silva Pedrozo, ao qual, desclassificada a condenação para crime de roubo majorado (art. 157, II, do CP), se impõe as penas de seis anos e oito meses de reclusão e 16 dias-multa, no valor unitário mínimo, mantido o regime fechado para ambos. V.U. Comunique-se a Vara de Execuções Criminais dos termos da presente decisão (Portaria nº 05/2016 da Egrégia Presidência da Seção de Direito Criminal).", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.315)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente), VICO MAÑAS, XAVIER DE SOUZA, PAIVA COUTINHO, PAULO ROSSI, AMABLE LOPEZ SOTO, SÉRGIO MAZINA MARTINS e RENATO GENZANI FILHO.

São Paulo, 31 de outubro de 2023.

NOGUEIRA NASCIMENTO, Relator

Ementa: LATROCÍNIO TENTADO. CRIME COMPLEXO. ROUBO CONSUMADO. HOMICÍDIO TENTADO. PEDIDO PARA DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA ROUBO. ALEGAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL. ARMA DESCARREGADA. CRIMINOSOS SUBTRAÍRAM ARMA DA VÍTIMA, QUE DURANTE O EMBATE RETIROU O CARREGADOR. EM SEGUIDA TENTARAM SUBTRAIR SEU O VEÍCULO, UTILIZANDO A ARMA DE FOGO DESCARREGADA. VÍTIMA SE RECUSOU A SAIR DO VEÍCULO E O ROUBADOR TENTOU EFETUAR DISPAROS EM SUA DIREÇÃO, SEM SUCESSO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSUMAÇÃO DO HOMICÍDIO. INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO EMPREGADO. DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSIDADE. REVISÃO CRIMINAL DEFERIDA.

1. Por se tratar de crime complexo, envolvendo subtração (roubo) e morte (homicídio) é possível que uma delas se aperfeiçoe e a outra não. Verifica-se que quando iniciada a execução da tentativa de homicídio, ou seja, quando o peticionário, posicionado próximo à porta da vítima, tentou efetuar o primeiro disparo, a arma já estava sem o carregador, sendo impossível o resultado morte dessa conduta, independentemente de quantas vezes se repetisse.

2. O crime impossível somente se caracteriza quan-

Acesso ao Sumário

do o agente, após a prática do fato, jamais poderia consumar o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material, nos termos do art. 17 do Código Penal.
3. Cabe a desclassificação do delito de latrocínio tentado para roubo consumado quando verificada a ineficácia absoluta do meio empregado para tentar matar a vítima, se tratando de arma desmuniciada.
4. Revisão criminal deferida, estendidos os efeitos para o corréu.

VOTO

Vistos.

1. O peticionário foi condenado pela Juízo da 3ª Vara, da comarca de Salto, à pena de vinte anos de reclusão em regime inicial fechado, por infração ao art. 157, 3º; c.c. art. 14, II, ambos do CP (fls. 392/405).

A r. sentença condenatória foi objeto de apelações a este E. Tribunal de Justiça que, por sua col. 9ª Câmara Criminal, por votação unânime, proferiu a seguinte decisão: *"DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto pelo corréu Paulo Rogério de Melo para, mantida sua condenação, afastar a reincidência e, em consequência, reduzir a pena que lhe foi imposta para 17 (dezessete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 08 (oito) dias-multa, no valor unitário mínimo. No mais, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso interposto pelo corréu Lucas Adriano da Silva Pedrozo. V.U."* (fls. 515/545).

A Defesa ajuizou *habeas corpus* perante o col. Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu, concedeu o *writ* de ofício, para reconhecer a aplicação da atenuante da confissão e incidir a fração de redução pela tentativa em 1/2, reduzindo a reprimenda fixada, estendidos os efeitos da ordem para o corréu Lucas (fls. 596/615).

A condenação transitou em julgado em 13 de março de 2020, para o Ministério Público, e em 26 de fevereiro 2020 para a defesa (fls. 554).

Agora, por meio da presente revisão criminal, pretende desconstituir o julgado, alegando ser impossível a realização de disparos pela arma de fogo, por estar ela descarregada, motivo pelo qual pleiteia a desclassificação do delito de latrocínio tentado para o crime de roubo consumado.

Apensado aos autos da ação penal, o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

2. Narra a denúncia:

Consta dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 24 de março

Acesso ao Sumário

de 2018, por volta das 9horas, Rua Sete de Setembro, altura do nº 940 - em frente ao Ginásio Municipal de Esportes "João Sebastião Ferraro", nesta cidade e Comarca de Salto/SP, PAULO ROGÉRIO DEMELO, vulgo "Batoré", qualificado às fls. 15 e 31, e LUCAS ADRIANO DASILVA PEDROZO, qualificado às fls. 18 e 33, com unidade de desígnios e identidade de propósito, em concurso de agentes, mediante violência física e tentativa de violência consistente em disparos de arma de fogo, exercidas contra Amanda Tavernaro Rodrigues, subtraíram, para ambos, 01 (uma) pistola calibre.40, marca "Taurus", nº SDZ15299, de uso restrito, marca "CBC", avaliada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) pertencente ao Governo do Estado de São Paulo, apenas não atingindo o resultado morte em relação à Amanda por circunstâncias alheias às suas vontades (cf. autos de exibição, apreensão, entrega e avaliação de fls. 27/28 e 39).

Segundo o apurado, os denunciados PAULO e LUCAS se ajustaram para o fim de praticar crime patrimonial nesta cidade. Assim, combinados, na data de 24 de março de 2018, deslocaram-se à Rua Sete de Setembro e elegeram o veículo "VW/FOX 1.0", cor preta, placas EGB-2011Sorocaba-SP, avaliado em R$ 18.000,00 (dezoito mil reais) pertencente à vítima Amanda para subtraírem.

Houve que, a vítima - que é Policial Militar estava fora do horário de serviço, encontrava-se no interior do veículo portando a pistola .40 municiada - e observou os denunciados caminhando juntos. Em seguida, PAULO se aproximou dela e anunciou o assalto, exigindo a entrega do automóvel, enquanto LUCAS permaneceu no local dando guarida e monitorando a chegada de terceiros.

Ocorre que PAULO percebeu que Amanda portava uma pistola e iniciou uma luta corporal com ela, passando a agredi-la com diversas mordidas nas mãos e aplicando um golpe no pescoço conhecido como "mata-leão", visando subtrair-lhe o artefato, o que causou na ofendida diversas lesões corporais.

Durante o embate, PAULO disse reiteradamente para LUCAS "tem cano, pega a arma" e solicitou ao comparsa que subtraísse a arma de fogo e atirasse na vítima. Em atendimento, LUCAS abriu as portas do automóvel e ingressou no veículo, com vistas a garantir a exequibilidade da empreitada criminosa.

PAULO foi exitoso em retirar a arma da posse de Amanda, que conseguiu soltar o carregador municiado. Após, o denunciado PAULO - com a pistola .40 em punho - exigiu que Amanda saísse do automóvel. Ato contínuo, com evidente "animus necandi" e visando garantir a execução do roubo, apontou em direção à Amanda e acionou o gatilho por várias vezes contra ela.

Certo é que, o veículo não foi subtraído e a vítima apenas não foi morta por circunstâncias alheias às vontades dos denunciados, ou seja, porque a vítima conseguiu retirar o carregador a tempo, uma vez que a pistola antes da execução do delito estava devidamente municiada, apta a realização de disparos e à consumação da morte.

Acesso ao Sumário

Assim, não conseguindo matar a vítima e subtrair o veículo, PAULO e LUCAS se evadiram levando tão somente a arma de fogo, tomando rumos diversos.

A Polícia Militar foi acionada pela vítima, que passou as características dos roubadores. Realizadas diligências, PAULO foi localizado nas proximidades - escondido no interior de uma residência - e portando a pistola subtraída da vítima.

A ação criminosa foi gravada por câmeras de vigilância e LUCAS foi identificado, localizado e preso.

A vítima reconheceu o denunciado PAULO (fls.10).

A materialidade do delito vem comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 2/13 dos autos originários), pelo Boletim de Ocorrência (fls. 25/30 dos autos originários), pelo auto de exibição, apreensão e de avaliação (fls. 31, 32 e 41/42 dos autos originários), pelos depoimentos, pelos laudos periciais (fls. 184/85, 186/196, 234/235, 236/237 dos autos originários) e pela prova oral produzida aos autos.

O peticionário não se insurge contra o mérito da condenação, buscando tão só a desclassificação do latrocínio para roubo.

O peticionário, em juízo, disse que "*conheceu Paulo há pouco tempo, após sair da cadeia; se viam com frequência porque moravam próximos; se encontraram no dia antes dos fatos, na sexta-feira, e passaram a noite todas juntos usando drogas; amanheceu e como não tinham dinheiro para pagar a droga saíram juntos para tentar arrumar um celular para fazer R$200,00; os dois ficaram devendo na biqueira; saem juntos com objetivo de roubar; avistaram a vítima dentro do carro mexendo no celular e se aproximaram; o carro estava estacionado, com aporta do motorista aberto; atravessaram a rua, sendo que Paulo foi pela calçada do lado da vítima, e pediram o celular; atravessou a rua para entrar na porta do passageiro e Paulo foi pela calçada para o lado da porta do motorista; no momento em que pediu o celular a vítima levantou a bolsa e a arma estava debaixo, juntamente com o carregador; quando a vítima foi pegar a arma Paulo gritou "é tira, é cana"; não tinha visto a arma; quando a vítima foi tentar colocar o carregador na arma, Paulo se colocou sobre a vítima para impedir que ela atirasse; a vítima disse que os mataria; entrou pela porta de trás e a segurou pelos braços para que ela não colocasse o carregador; nega que a tenha segurado pelos cabelos; nega socos e pontapés; Paulo então tomou a arma e cada um correu para um lado; Paulo em momento algum tentou efetuar disparos, até porque estava sem o carregador; cumpriu pena por furto.*"

O corréu Paulo Rogério, em juízo, afirmou que "*Conhece Lucas há pouco tempo do bairro e que moram perto um do outro; se encontraram na noite anterior ao fatos, na sexta-feira, por volta das 19-20 horas e passaram a noite toda juntos consumindo drogas, sendo que havia outras pessoas junto; o local era*

Acesso ao Sumário

uma praça próxima do local dos fatos, cerca de 50metros; ficou devendo dinheiro pelo uso de drogas e ao sair andando viu a vítima parada com o telefone na mão ocasião em que parou e pediu o telefone; a escolha da vítima foi aleatória e não havia ajuste prévio com Lucas, tendo apenas dito a ele que precisava de levantar dinheiro para pagar a dívida; ao se aproximar da vítima viu sobre o banco do passageiro a arma de fogo e a vítima já a pegou e teve a reação de entrar no carro e colocou a mão sobre a arma, por cima da mão da vítima; não sabe onde Lucas estava nesse momento, acreditando que ele estava perto; a vítima começou a gritar que era polícia e então a pedia para não mata-lo porque tinha filho para criar e só estava ali pelo uso da droga; colocou o braço sobre o pescoço da vítima e com a outra mão segurava a mão da vítima que estava por cima da arma; depois de um tempo conseguiu retirar a arma da mão da vítima; nesse momento também não se recorda se Lucas estava dentro do carro; disse que não o chegou a ver dentro do carro; após tomar a arma tentava fechar a porta do carro para sair do local; a vítima o segurava e ao se desvencilhar saiu em fuga; nega que fez tentativa de disparo; a arma estava no banco e o carregador estava do lado; não viu a vítima manuseando a arma ou retirando o carregador; deixou a arma debaixo do contêiner de lixo e se escondeu na garagem de uma casa; tinha duas mordidas no braço; nega agressão à vítima, tendo apenas a segurado; não tinha rixa com os policiais que efetuaram a prisão; já cumpriu pena por tráfico. Esclareceu que o veículo estava chegando no local quando o avistou; ao se aproximar o veículo estava estacionado com a porta aberta; sua intenção era que a vítima não carregasse a arma e efetuasse disparos; a vítima segurou a arma por volta de 10 minutos; ficou sobre o colo da vítima, colocou o antebraço sobre o pescoço da vítima e com a outra mão segurava a mão da vítima que segurava a arma; mesmo após pegar a arma a vítima o segurava"

Embora os réus negarem as agressões contra a vítima, a versão apresentada é fantasiosa, contradizendo o depoimento da vítima, bem como o laudo pericial, que apontam que a vítima sofreu lesões de natureza leve consistente em "Presença de hematoma arroxeado em região infra-orbital direita e esquerda, em região posterior de braços direito e esquerdo, em região anterior da coxa direita; presença de escoriação superficial em região frontal e em dorso de punho direito".

Segundo relato da vítima, *"os réus entraram simultaneamente, um pela porta do motorista e o outro pela porta traseira: durante a luta corporal ficou com a arma em punho, segurando-a sobre o próprio corpo; a arma estava empunhada na mão direita e sobre ela colocou a mão esquerda. Relatou, ainda, que um dos réus ficou por cima de si, segurando sua mão e, ao perceber,* ***que os sentidos oscilavam, com o dedão conseguiu soltar o carregador com a munição****. A ofendida destacou que não conhecia os acusados e que não sabe se eles perceberam que havia retirado o carregador. Destacou, ademais, que foi o cor-*

Acesso ao Sumário

réu Paulo quem pegou a arma e tentou efetuar os disparos. A vítima informou que Paulo foi preso logo após e que reconheceu os 02 (dois) réus."

Asseverou que "*quando o acusado Paulo chegou, já se iniciaram as agressões, sendo que acredita que os acusados foram roubar o veículo, não se recordando deles terem dito algo específico antes. Relatou, também, que Paulo estava muito agressivo e que a arma estava municiada e alimentada, mas não estava carregada (projétil na câmara): para o disparo seria necessário acionar a arma e carregar a câmara. A vítima asseverou que o corréu Lucas ficou no banco de trás e que sofreu golpes de várias formas, sendo que, durante as agressões, percebeu que os réus tentavam pegar a arma e verbalizavam "pega a arma", tendo um deles mordido sua mão para que soltasse a referida arma. Asseverou, ainda, que ficou com hematomas no rosto, braços, pescoço e pernas. Por fim, a ofendida asseverou que os acusados disseram que iriam para matá-la e que a tentativa de disparos se deu do lado de onde estava*"

A tentativa de disparos restou também bem evidenciada. Como bem apontou o juízo de primeira instância: "*Mas o que se se seguiu revelou o intuito do réu. Pelo vídeo, exatamente como narrou a vítima, é possível ver Paulo Rogério se postando em posição de tiro e tentando efetuar o disparo em direção à vítima, que se protegeu fechando a porta. E Paulo Rogério somente não conseguiu efetuar o disparo porque a vítima, durante a luta corporal, com a destreza de quem é treinada e habituada a portar arma de fogo, uma Policial Militar, conseguiu acionar a trava e retirar o carregador da arma, ao perceber que não mais conseguiria mantê-la em seu poder. E claramente o réu não percebeu que o carregador havia sido retirado, diante de sua tentativa de disparo. E mesmo que se admita que ele viu a retirada, tentou, ainda, assim, efetuar os disparos, possivelmente crendo que havia alguma munição na câmara.*"

O policial militar Cláudio Henrique Frare Gouveia, prestou depoimento em juízo, disse que "*soube pela rede a ocorrência de roubo da PM; determinou o deslocamento das viaturas até o endereço e adjacências para cerco; uma viatura informou na rede que havia encontrado um dos suspeitos; a vítima perdeu "tufo de cabelo" e ainda sofre com isso; levou a vítima até o Hospital; a vítima narrou que um dos réus a enforcava e outro tentava pegar a arma; foi até um casa próxima dos fatos onde há uma câmera e pelo sistema viram os dois réus; do começo do ataque até a fuga foram cerca de 13 minutos e é possível ver os réus conversando antes de abordar o veículo onde estava a vítima; os réus então aceleram o passo, um entra pela frente e aborda a vítima e o outro entra pela porta traseira; é possível pela câmera ver a vítima sendo agredida; é possível ver o réu Paulo puxando a arma e dando dois tiros, sendo que a arma estava desmuniciada; deu um freezing na imagem e visualizam o outro indivíduo e em diligências algumas pessoas indicaram o endereço do Lucas; foram até local e encontraram Lucas dormindo; ao ser abordado Lucas disseque Batore, apelido*

Acesso ao Sumário

de Paulo, foi quem tentou matar a policial; a diligência foi presenciada pelo pai de Lucas; os réus são conhecidos do meio policial em abordagens em pontos de drogas; Paulo foi detido com a arma roubada; no momento o réu Paulo disse coisas desconexas para confundir os policiais; as diligências demoraram 3 horas; ser recorda perfeitamente da fisionomia deles; acompanhou na casa do Lucas outro policial; não viu agressão do Lucas à vítima e que a teria segurado; acredita que os cabelos foram arrancados por Lucas que estava no banco de atrás; a vítima estava em choque, chorava, tinha hematomas na cabeça e no pescoço; quem se apoderou da arma foi Paulo Batoré; o Lucas, após Batoré pegar a arma, correu."

Versão que corrobora com depoimento prestado na fase inquisitiva (fls. 8/9), no qual afirmou ainda que "*assim que o indivíduo notou que a mesma trazia consigo sua arma de fogo, entrou em luta corporal com a mesma, cujo embate durou entre 12 a 14 minutos, ocasião em que o indivíduo conseguiu arrebatar-lhe a arma de fogo, uma pistola TAURUS, calibre 40, de propriedade da Polícia Militar do Estado de São Paulo, tendo ela conseguido soltar o carregador municiado da arma. Informo ainda a vítima que após o infrator sair do veículo, a mandou também sair do carro pois ele pretendia subtraí-lo, momento em que apontou a arma em sua direção, acionando o dispositivo de disparo, que somente não ocorreu porque a própria vítima havia conseguido soltar o carregador no momento do embate com o conduzido*".

Contudo, como bem apontado pela defesa, seria impossível a consumação do delito de latrocínio, uma vez que o meio empregado (arma desmuniciada) é totalmente incapaz de produzir o evento delituoso.

É nesse mesmo sentido a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt[1]:

> *O que justifica a punibilidade da tentativa é o perigo objetivo que o início da execução representa para o bem jurídico protegido pela norma penal. E esse perigo só existirá se os meios empregados na tentativa forem adequados à produção do resultado e se o objeto visado apresentar as condições necessárias para que esse resultado se produza. Como não há nem um nem outro, isto é, nem idoneidade do meio, nem propriedade do objeto, não se pode falar em tentativa punível.*

O Superior Tribunal de Justiça ao distinguir crime impossível do crime tentado, decidiu que "O crime impossível somente se caracteriza quando o agente, após a prática do fato, jamais poderia consumar o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material, nos termos do art. 17 do Código Penal. A ação externa alheia à vontade do agente, impedindo a consumação do delito após iniciada a execução, caracteriza a tentativa (art. 14, II, do CP)" (STJ: HC 45.616/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 09.08.2007)

Acesso ao Sumário

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 554.

Conforme os relatos da vítima em solo policial, confirmados em juízo, bem como pelos relatos dos policiais, os assaltantes se aproximaram da vítima para rouba-la, ao adentrarem no veículo perceberam que a vítima era policial e estava armada, nesse momento empregaram violência para subtrair a arma de fogo, sendo que de maneira hábil a vítima retirou o carregador enquanto estava em luta corporal, até que o peticionário Paulo conseguiu subtrair a arma de fogo, momento em que sai do veículo, se posiciona ao lado da porta do motorista, e com a arma em punho exige que a vítima saia do carro. A vítima sabendo que a arma não estava carregada, não cumpre a ordem, existindo uma nova luta corporal, momento em que a vítima consegue fechar a porta do veículo. Ocasião em que o peticionário, que até então praticava as condutas tipificadas como roubo majorado, pelo concurso de agentes, puxa o gatilho para efetuar os disparos.

Por se tratar de crime complexo, envolvendo subtração (roubo) e morte (homicídio) é possível que uma delas se aperfeiçoe e a outra não.

Verifica-se que quando iniciada a execução da tentativa de homicídio, ou seja, quando o peticionário, posicionado próximo à porta da vítima, tentou efetuar o primeiro disparo, a arma já estava sem o carregador, sendo impossível o resultado morte dessa conduta, independentemente de quantas vezes se repetisse.

Não há que se falar que a arma foi descarregada durante a execução do crime de homicídio, pois restou evidenciado que a vítima estava na posse da arma quando achou por bem retirar o carregador, sendo que até esse momento os agentes tentavam subtrair a arma de fogo, empregando violência para tanto.

Nem se pode falar que já havia *animus necandi* durante a subtração da arma, pois a violência empregada no roubo já está presente no tipo penal, inexistindo nos laudos periciais a constatação de lesão corporal grave decorrente dessa violência.

Diante do quadro probatório analisado, restou bem evidenciado que a conduta praticada, em razão da absoluta ineficácia do meio empregado, não ofereceu qualquer potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado pelo tipo, a vida.

E, conforme determina o art. 17 do CP "não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime".

Sendo assim, de rigor desclassificar a condenação para crime de roubo majorado (art. 157, II, do CP), estendidos o efeito da presente decisão ao corréu Lucas Adriano da Silva Pedrozo, a teor do art. 580 do CPP.

Passa-se à dosimetria da reprimenda.

Paulo Rogério de Melo

Na primeira fase, o acréscimo de 1/3 sobre as penas-base será mantido, pois bem justificado pelas circunstâncias do delito e pelos maus antecedentes, comprovados pela certidão de fls. 154 e 157, fixando a pena base em cinco anos

Acesso ao Sumário

e quatro meses de reclusão e 13 dias-multa.

Na segunda fase, tem-se bem reconhecida a atenuante da confissão (art. 65, III, *d*, do CP), tendo em vista a relevância desta para a formação da convicção sobre a autoria delitiva, reduzindo-se as penas em 1/6, que leva as penas a quatro anos, cinco meses e dez dias, e 10 dias-multa.

Na terceira fase, a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, II, do CP, deve ser aplicada, pois devidamente demonstrado o concurso de agentes, efetivamente demonstrado pela prova oral, acrescendo-se a pena em 1/3, resultando em cinco anos, onze meses e três dias de reclusão e 13 dias-multa.

Ausentes outras causas de aumento ou de diminuição, tornam-se as penas definitivas em cinco anos, onze meses e três dias de reclusão e 13 dias-multa, no valor unitário mínimo.

O regime inicial fechado foi bem fixado e, mesmo com o desconto do tempo de prisão provisória (art. 387, § 2º, do CPP), será mantido, levando-se em conta o montante de pena privativa de liberdade, e as circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 33, §§ 2º e 3 º, do CP).

Lucas Adriano da Silva Pedrozo

Em relação ao corréu Lucas, na primeira fase, o acréscimo de 1/4 sobre as penas-base será mantido, pois bem justificado pelas circunstâncias do delito, eis que mantiveram a vítima dentro do veículo a agredindo por tempo relevante, fixando a pena base em cinco anos de reclusão e 12 dias-multa.

Na segunda fase, deve ser considerada a confissão espontânea, ainda que parcial, independentemente das circunstâncias em que foi prestada, pois conforme entendimento dos Tribunais Superiores, a confissão sempre atenua a pena, de modo que o direito subjetivo à diminuição surge no momento em que o réu confessa.

Assim, tem-se que a reincidência (art. 61, I, do CP), deve ser inteiramente compensada pela atenuante da confissão (art. 65, III, *d*, do CP).

Na terceira fase, a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, II, do CP, deve ser aplicada, pois devidamente demonstrado o concurso de agentes, efetivamente demonstrado pela prova oral, acrescendo-se a pena em 1/3, resultando em seis anos e oito meses de reclusão e 16 dias-multa.

Ausentes outras causas de aumento ou de diminuição, tornam-se as penas definitivas em seis anos e oito meses de reclusão e 16 dias-multa, no valor unitário mínimo.

O regime inicial fechado também foi bem fixado e, mesmo com o desconto do tempo de prisão provisória (art. 387, § 2º, do CPP), será mantido, levando-se em conta o montante de pena privativa de liberdade, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência (art. 33, §§ 2º e 3 º, do CP).

3. Pelo exposto, defere-se a presente revisão criminal para, desclassificada a condenação para o crime de roubo majorado, pelo concurso de agentes

Acesso ao Sumário

(art. 157, II, do CP), reduzir as penas impostas ao peticionário Paulo Rogério de Melo para cinco anos, onze meses e três dias de reclusão e 13 dias-multa, no valor unitário mínimo; estendendo-se o teor da presente decisão ao corréu Lucas Adriano da Silva Pedrozo, ao qual, desclassificada a condenação para crime de roubo majorado (art. 157, II, do CP), se impõe as penas de seis anos e oito meses de reclusão e 16 dias-multa, no valor unitário mínimo, mantido o regime fechado para ambos.

Comunique-se a Vara de Execuções Criminais dos termos da presente decisão (Portaria nº 05/2016 da Egrégia Presidência da Seção de Direito Criminal).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2009847-89.2023.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é peticionário PAULO MARCOS FELISMINO DA SILVA.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a questão preliminar arguida, indeferiram a presente revisão criminal ajuizada em prol de Paulo Marcos Felismino da Silva. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 51.774)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA (Presidente), FREITAS FILHO, JUSCELINO BATISTA, IVANA DAVID e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 7 de novembro de 2023.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL. PRELIMINAR DE NULIDADE EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO DA GARANTIA DE INVIOLABILIDADE DOMICILIAR E DO DIREITO AO SILÊNCIO. INADMISSIBILIDADE.
TESES SUPLETIVAS QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O ARTIGO 28, DA LEI DE DROGAS; DE READEQUAÇÃO DAS REPRIMENDAS; DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA; PLEITO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA.

Acesso ao Sumário

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR O PETICIONÁRIO. Revisão indeferida.

VOTO

1 - O peticionário Paulo Marcos Felismino da Silva foi condenado por r. sentença datada de 23/06/2021 (fls. 285/293), confirmada em 27/10/2021, por v. Acórdão da Décima Primeira Câmara de Direito Criminal desta Corte, por votação unânime, ao cumprimento da pena corporal de seis anos, nove meses e vinte dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais o pagamento de seiscentos e oitenta dias-multa, fixados no piso, por infração aos ditames do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 449/462).

Transitou em julgado a decisão em 01/12/2021 (fl. 467).

Ingressa a Defensoria do peticionário com a presente revisão criminal, com fulcro no artigo 621, I e III, do Código de Processo Penal, buscando a decretação da nulidade do processo, diante da ilicitude das provas obtidas através da violação da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, também não tendo sido garantido, quando abordado, o seu direito ao silêncio (fls. 03/04).

Pretende, ainda, a desclassificação da sua conduta para a forma do artigo 28, da Lei Especial, argumentando que a quantidade de droga apreendida é compatível com o seu consumo, e que não há provas da mercancia ilícita (fl. 07), destacando que não há outras testemunhas que comprovem a traficância, e que não houve apreensão de petrechos ou outros objetos que caracterizem o comércio espúrio, bem como não houve a "*intenção de difundir o uso da droga*" (fl. 08).

Supletivamente requer a readequação da pena-base, vez que excessivo o aumento em razão da quantidade da droga; a aplicação da atenuante da confissão espontânea, em razão da confissão parcial, ou da informal feita aos policiais; a concessão da gratuidade de Justiça (fls. 01/17).

A douta Procuradoria de Justiça, em r. manifestação da lavra da doutora Valéria Carvalho Pinto Guedes Piva, se pronunciou pelo indeferimento do pedido de revisão criminal (fls. 530/539).

Este, em síntese, é o relatório.

2 - Por primeiro, recepciona-se como questão preliminar, e rejeita-se, o pleito atinente a violação da garantia de inviolabilidade domiciliar, por absoluta falta de amparo legal.

Não ocorreu a nulidade invocada pelo peticionário, vez que não constituiu invasão domiciliar a busca realizada em sua residência, diante dos depoimentos harmônicos dos milicianos, que afirmaram que, após o abordarem, em região conhecida como ponto de tráfico de drogas, e sendo ele conhecido nos

Acesso ao Sumário

meios policiais, sendo que havia acabado de vender algumas porções de tóxico, e em sua residência havia mais dessa droga armazenada, tendo então os policiais para lá se dirigido, e nela ingressado, mediante autorização do próprio imputado, daí porque as diligências realizadas não incidiram em nenhuma ilegalidade, mormente porque a busca se mostrou exitosa, diante da apreensão, na residência do peticionário, de 01 tablete de maconha, com peso total de 496,14g.

Ainda quanto ao tema, de ser destacado que o crime em tela é de natureza permanente, e a diligência promovida se mostrou recoberta de êxito, diante da apreensão da farta quantidade de maconha em sua moradia, como suprarreferido.

Portanto, patente que havia fundada razão para a ação policial na residência do peticionário, constituindo situação de exceção ao princípio da inviolabilidade do domicílio, prevista na Carta Magna, pelas circunstâncias suprarreferidas, estando, pois, ausente a alegada ilegalidade, a teor dos ditames do artigo 301, do CPP, e do artigo 5º, XI, da CF, não havendo que se promover a pretendida declaração de nulidade do processo, nem havendo que ser invocada a ilicitude das provas obtidas.

Nesse sentido já se pronunciou o Colendo Supremo Tribunal Federal: - **"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. [...] 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso".** (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015).

Demais, eventual divergência existente na jurisprudência quanto ao tema constitui elemento estranho aos requisitos elencados no art. 621, do CPP, ensejadores da interposição da revisão criminal.

Nesse diapasão já se pronunciou, de há muito, o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, por seu Quarto Grupo de Câmaras, por v. Acórdão da lavra do MMº. Juiz Corrêa de Moraes: - **"A instância revisional não constitui espaço adequado para solução de conflito jurisprudencial, atendendo-se ao fato de que a divergência entre este e aquele critérios, ambos possíveis na aplicação de determinado preceito legal, não encerra virtualidade de ofensa ao texto da lei penal."** (Rev. 436.004/7 - Comarca de Araraquara j. 05/06/2003

Acesso ao Sumário

indeferimento v.u.).

Da mesma forma é o ensinamento da doutrina: - **"A contrariedade à jurisprudência, entretanto, não autoriza o pedido de revisão, tendo em vista a existência de meio de impugnação específico para tal fim. Ademais, não prevê a lei processual a possibilidade de revisão, com fundamento em dissídio jurisprudencial."** (MÉDICI, Sérgio de Oliveira, Revisão Criminal, 2ª edição, São Paulo: RT, 2000, p. 162/163).

Citado pelo mesmo autor, igualmente decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça: - **"A revisão criminal, instrumento processual instituído exclusivamente em benefício do réu, que supera a autoridade da coisa julgada, é cabível tão-somente nas hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, não se prestando para uniformizar a jurisprudência sobre questão controvertida nos Tribunais. Sentença contrária ao texto expresso da lei penal é sentença que enfrenta o preceito legal, contestando ou negando a sua realidade jurídica, o que não se confunde com a adoção de certa linha exegética sobre tema cuja compreensão é controvertida nos Pretórios."** (REsp 61.552-6/RJ, rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., v.u., DJU de 14.10.1996, p. 39.040, cf. Boletim IBCCrim 50 (janeiro de 1997), p. 177).

Já no que tange a alegada nulidade decorrente, também, da diligência ter se dado sem autorização escrita por parte do peticionário, que abrigava farta quantidade de droga, e sem filmagem dessa autorização, observa-se que essa consideração constitui entendimento jurisprudencial ensejador de mero dissídio não abrigado pela revisão criminal, decorrendo daí, mais uma vez, que toda a argumentação elencada não enseja recepção da nulidade invocada.

Quanto a alegação de que não foi garantido ao peticionário o direito ao silêncio quando de sua abordagem, observa-se que se trata de questão preclusa, arguida de forma originária apenas em sede de revisão criminal, destacando-se que sequer houve questionamento defensivo quanto a tal durante a instrução processual.

Demais, ainda que ele não tivesse sido alertado pelos milicianos sobre seu direito de não produzir prova contra si mesmo, fato é que o mero relato quanto a sua confissão informal não constitui elemento de prova apto a ensejar a condenação, sendo certo que, tanto perante a autoridade policial, quanto em Juízo, onde suas narrativas seriam registradas devidamente, foi advertido quanto aos seus direitos, optando por permanecer calado na Delegacia, e por negar a prática delitiva em audiência, a denotar, assim, a inexistência de prejuízo ao apelante, a teor do que dispõe o artigo 563, do CPP.

No mérito, há que se indeferir o pleito revisional, por não preencher os requisitos do artigo 621, do Código de Processo Penal.

A condenação do peticionário pelo crime de tráfico de drogas se encontra respaldada nas robustas provas produzidas no processo de conhecimento, sendo

Acesso ao Sumário

que a da materialidade é atinente a apreensão e perícia de 01 tablete de maconha, com peso líquido total de 496,7g (fls. 30, 32/34 e 89/91).

Já a autoria ficou demonstrada pela prova oral.

Na Delegacia ele optou por permanecer silente, nada alegando em sua defesa.

Em Pretório negou a prática do narcotráfico, afirmando que a droga apreendida, que estava armazenada em sua residência, destinava-se ao seu consumo, além de que a adquiriu em uma favela, em grande quantidade, para não precisar retornar lá com frequência, vez que faz uso de 10 a 15g diariamente, frisando que foi abordado e agredido pelos milicianos, e nada de ilícito foi encontrado consigo.

Acrescentou que foi colocado na viatura, em direção à Delegacia, quando os policiais pegaram a chave de sua residência e se dirigiram para lá, após lhe perguntarem qual o endereço, sem deixá-lo sair da viatura, ingressando na casa sem sua autorização ou mandado.

Ocorre que, a par da sua insubsistente versão exculpatória, apresentada tão somente em Juízo, não ter sido comprovada a qualquer tempo, à luz dos ditames do artigo 156, do CPP, observa-se que a prova oral se mostrou apta a justificar o acertado deslinde condenatório.

Nesse diapasão, os policiais militares Hector Nogueira Rodrigues e Gustavo Mazzoti, sob o crivo do contraditório, narraram que estavam em patrulhamento em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, quando avistaram o réu e mais dois varões, que foram liberados em seguida, tendo sido abordado o peticionário, vulgo "Ferrugem", já conhecido nos meios policiais, e com ele nada de ilícito encontrado, tendo admitido, no local, que havia levado uma pequena quantidade de droga para vender, e que havia mais armazenada em sua residência.

Afirmaram que foram até a casa dele, tendo o revisionando lhes franqueado a entrada, e acompanhado as buscas, além de ter indicado o local em que guardava o tóxico, na quantidade de aproximadamente 500g, além de uma faca de corte. Por fim, disse que Paulo relatou ter saído da prisão há cerca de cinco meses, e que estava praticando o narcotráfico para garantir seu sustento, vez que não possuía outra fonte de renda.

A testemunha de defesa Silvia Lucia Nunes, amiga da mãe do peticionário, portanto obviamente interessada no deslinde do caso, embora compromissada, afirmou que estava indo fazer compras quando viu os policiais na residência do acusado, destacando que o portão estava aberto, e que encontrou um policial no quintal da casa, o questionando sobre o ocorrido, tendo ele lhe informado que havia sido encontrado tóxico com Paulo, avistando o revisionando já preso, dentro da viatura, asseverando que ele é usuário de drogas, e que trabalha como azulejista, junto com seu pai. Certo é que não presenciou a diligência que já

Acesso ao Sumário

ocorria dentro do imóvel.

Ao longo da instrução processual nenhum elemento de convicção foi trazido aos autos quanto a eventual interesse das testemunhas policiais em falsamente incriminar o peticionário, nos termos do citado artigo 156, do Estatuto Adjetivo, não havendo, pois, motivos para que sejam suas palavras recebidas com a parcialidade.

Nesse sentido, quanto ao crédito que deve ser dispensado, na espécie, aos relatos dos policiais, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça: - **"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO LASTREADA EM VASTO ACERVO FÁTICO E PROBATÓRIO. PALAVRA DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. [...] HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] - A conclusão obtida pelas instâncias de origem sobre a condenação no referido delito foi lastreada em vasto acervo probatório, sendo que o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. [...]".** (STJ - HC 477.171/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018).

Dúvida não há, portanto, quanto ao fato de que as drogas apreendidas pertenciam ao revisionando, vez que os milicianos foram categóricos em afirmar que após irem a sua residência, lograram encontrar o tóxico na quantidade supramencionada, em local por ele indicado, a denotar a sua evidente destinação ao comércio espúrio, mormente tendo em vista a ausência de comprovação concreta de que ele tivesse condições de arcar, na época, com essa aquisição, em contexto outro que não para a prática da narcotraficância, não se prestando a tal os documentos de fls. 516/522, posto que contém dados de terceiros, não comprovando que ele exercia atividade laborativa lícita ao tempo dos fatos, tratando-se de recibos de aluguéis, e de imagens do revisionando enquanto trabalha, sem, todavia, conter datas de quando foram tiradas, e em que condições, não se descurando, ainda, que parte desses documentos já havia sido juntada no processo de conhecimento pela própria Defesa, não havendo que se falar em provas novas, como aduzido a fl. 16, o que, inclusive, não desnatura o crime em questão.

Acesso ao Sumário

Indiferente ao deslinde do caso, aliás, a sua alegação de que se tratava de usuário de droga, que aliás, jamais foi provada, além do que tal condição, por si só, não impede a narcotraficância.

Sobre a questão já se manifestou, de há muito, esta Colenda Corte: - **"A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante,**

mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade" (TJSP - HC 42.229-3 - Rel. Onei Raphael - RJTJSP 101/498).

Ressalta-se, ainda, que para a configuração desse crime não se exige qualquer ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, tenha em depósito ou guarde a substância proibida, sendo desnecessária a *traditio* para consumação do delito (RJTJSP- vol. 97, pág. 512), motivo pelo qual se mostra despiciendo a comprovação de que ele estivesse comercializando as drogas, ou mesmo pretendido vendê-las naquele dia, ou em data futura, vez que esse ilícito se aperfeiçoa pelo cometimento de qualquer um dos dezoito núcleos do tipo do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sendo indiferente, portanto, que também fossem apreendidos petrechos ligados a narcotraficância, ou arroladas testemunhas que comprovassem a prática do comércio espúrio, acrescentando-se que não logrou o revisionando demonstrar que, quando da diligência policial exitosa, havia testemunhas outras nessas condições, daí porque também não vinga a alegação de que não houve a *"intenção de difundir o uso da droga"*, diante da robusta prova oral acima analisada.

Nesse sentido: - **"Para que haja tráfico, não é mister seja o infrator colhido no próprio ato de venda da mercadoria proibida. O próprio art. 37 da Lei Antitóxicos (atual 28, §2°, da Lei n°11.343/06 a *contrario sensu*), dá as coordenadas da caracterização do tráfico ao estipular que essa classificação se fará em consonância com a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente".** (RT 584/347).

Portanto, não tendo o peticionário colacionado provas novas, demonstrativas da sua inocência, o cenário delineado nos autos denota que estava mesmo a exercer o crime em questão, como corretamente foi recepcionado, à unanimidade, no v. Acórdão, demonstrando, pois, que o pleito revisional não preenche os requisitos do art. 621, do CPP.

Nessa esteira: - **"Somente se admite revisão criminal com fulcro no art. 621, I, do CPP quando a sentença condenatória for contra a evidência dos autos, divorciando-se de todos os elementos probatórios, ou seja, a decisão que, ao arrepio da prova, contra a certeza da inocência do réu, demonstrada cabalmente no processo, condena o agente"** (in RT 747/649).

Como ainda: - **"Decisão contrária à evidência dos autos, por certo, só é aquela inteiramente divorciada do contexto da prova produzida, em conflito visível com o teor dessa prova existente nos autos, com o que não se confunde e nem se equipara à mera alegação de insuficiência probatória. Esta decorre da fragilidade da prova considerada em seu todo; e aquela resulta da incompatibilidade entre o teor dessa mesma prova e a sentença**

Acesso ao Sumário

condenatória irrecorrível. Por isso é que, para lograr a rescisão do decreto condenatório pela via revisional, impõe-se que o peticionário demonstre, inequivocamente, que a condenação foi contrária à evidência dos autos, mostrando-se conflitante e incompatível com o elenco das provas produzidas validamente no curso do devido processo legal." (*in* RT 718/405).

Na mesma seara também já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal: - **"[...] só há decisão contrária à evidência dos autos quando não se apóia em nenhuma prova existente no processo, não bastando, pois, para o deferimento da revisão criminal, que os julgadores dessa considerem que o conjunto probatório não é convincente para a condenação"** (RE 113.269/8, Rel. Min. MOREIRA ALVES, *in* ob. cit., p. 164).

As reprimendas impostas não comportam reparos.

Isso porque foram as penas básicas fixadas acima dos patamares mínimos, na fração de apenas 1/6, em razão da quantidade do tóxico apreendido, a denotar as graves consequências do crime recepcionado, e o maior grau de reprovabilidade na conduta do revisionando, o que bem autoriza a elevação das penas, em consonância com o disposto no artigo 42, da Lei 11.343/06, inclusive pelos seus maus antecedentes, ostentando ele ao menos dois processos com condenações anteriores, ensejadoras de tal (de nºs 0012887-08.2010.8.26.0344 e 0015150-13.2010.8.26.0344 fls. 40/41 do processo de conhecimento), não havendo que se falar em excesso, como aduzido pelo peticionário, a fl. 13, vez que foi extremamente beneficiado com a exasperação na forma como operada operada.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: - **"O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza da substância entorpecente apreendida - 13 (treze) pedras de 'crack' - justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3"** (STJ, HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ).

Na etapa subsequente foram as reprimendas novamente exasperadas, diante de sua reincidência (processo nº 0011627-56.2011.8.26.0344 - fl. 57), na fração de 1/6, sendo, a seguir, bem afastado o redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei Especial, por não preencher o terceiro requisito necessário para a concessão desse benefício.

Inviável o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois embora o peticionário tenha confirmado a propriedade da droga apreendida, alegou que se destinava ao seu consumo, procurando reduzir sua responsabilidade penal, sendo que a confissão parcial, ou editada, em que o réu agrega a ela tese

Acesso ao Sumário

defensiva descriminante ou exculpatória, não se presta ao reconhecimento da referida atenuante.

Conforme preleção externada em julgado do Superior Tribunal de Justiça: - "(...) **6. A chamada confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas descriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.**". (STJ, HC 231363/SP - Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 18/06/2014, T5 - QUINTA TURMA).

Observa-se, a propósito, que ao contrário do aduzido pelo revisionando, a sua versão dada aos policiais quando de sua prisão, sequer foi utilizada para embasar o édito condenatório, inclusive não foi prestada perante autoridade, durante a persecução penal, daí porque, obviamente, não há que ser recepcionada como a atenuante aqui pretendida.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema: - **"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, APENAS PARA PROMOVER ALTERAÇÕES DO CÁLCULO DA PENA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA NULIDADE POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO DOS POLICIAIS. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO INFORMAL. MANIFESTAÇÃO NÃO UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. DETRAÇÃO DO TEMPO DE CUSTÓDIA CAUTELAR PARA FINS DE FIXAÇÃO DO REGIME. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. (...)5. Evidenciado que a confissão informal do réu somente foi explicitada na transcrição dos depoimentos dos policiais condutores, não tendo, todavia, sido utilizada em momento algum para embasar a condenação, sequer citada pelo magistrado sentenciante, deve ser afastada a possibilidade de reconhecimento da atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal (AgRg no AREsp 1599610/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 6/2/2020, DJe de 12/2/2020). 6. O pedido de detração do tempo de custódia cautelar não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta a apreciação de tal matéria por esta Corte Superior, sob pena de incidir em indevida supressão de instância. 7. Agravo regimental improvido".** (AgRg no HC 664.836/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 25/06/2021).

Por fim, o regime prisional imposto ao peticionário não foi objeto de questionamento nessa revisional, havendo que ser preservado.

Ressalte-se, por oportuno, que sobre o tema, atinente a modificação de penas em sede de ação revisional, quando essas foram estabelecidas em consonância com o texto da Lei, já decidiu o Colendo Quarto Grupo de Câmaras

Acesso ao Sumário

do extinto Egrégio Tribunal de Alçada Criminal, em v. Acórdão da lavra do eminente Desembargador Hélio de Freitas, que: - **"Inadmissível em revisão criminal modificar penas de sentenciados quando fixadas pelos critérios normais, de acordo com a discrição do Juiz, uma vez que tal modificação só é cabível quando há evidente erro do Juiz."** (REV 189.804/8 RJDTACRIM 9/262).

No mesmo sentido: - **"A pena só pode ser alterada pela via revisional quando contenha algum erro técnico, contrariando texto expresso da lei penal, ou quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da reprimenda, conforme disposto no art. 621, I e III, do CPP."** (RT 763/546).

Não é outro o entendimento estabelecido na doutrina quanto a alteração de pena pela via revisional, constituindo-se em: - **"(...) prática excepcional, somente justificável quando o órgão prolator da decisão contrariou o texto expresso da lei penal (ex.: reconhece reincidência, aumentando a pena, para quem não se encaixa na figura prevista no art. 63 do Código Penal) ou a evidência dos autos (ex.: reconhece péssima conduta social, aumentando a pena-base, fundado em presunções, não comprovadas pela prova colhida). Entretanto, simplesmente alterar o quantum da pena, porque a considera exagerada, segundo entendimento particular e subjetivo, é de todo irregular. A revisão a isso não se presta. Quando o juiz decidir, fazendo valer sua atividade discricionária, justamente o processo que envolve a escolha da pena concreta ao réu, transitando em julgado a sentença - ou o acórdão - não há que se autorizar alteração, pois é uma ofensa à coisa julgada". Nessa ótica: TJSP: ‹Constitui prática desaconselhável em revisão criminal proceder-se à mudança quantitativa da pena imposta, salvante os casos excepcionais de explícita injustiça, ou de comprovado erro ou inobservância de técnica no processo dosimétrico› (Revisão Criminal 265.269-3, Monte Alto, 2º Grupo de Câmaras Criminais, rel. Des. Gonçalves Nogueira, 08.06.2000, v.u, JUBI 52/00)."** (Guilherme de Souza Nucci, in Código de Processo Penal Comentado, 8ª ed., RT, p. 991).

Por fim, quanto ao pedido de gratuidade da Justiça, verifica-se que tal benesse já foi concedida ao peticionário (fl. 117), daí porque se mostra descabida a pretensão aqui invocada.

Nenhum reparo, portanto, está a merecer o v. Acórdão.

Isto posto, rejeitada a questão preliminar arguida, indefere-se a presente revisão criminal ajuizada em prol de **Paulo Marcos Felismino da Silva**.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2183276-97.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CABREÚVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CABREÚVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.495)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 1º de novembro de 2023.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 2.346, DE 19 DE JUNHO DE 2023, DO MUNICÍPIO DE CABREÚVA, QUE "DISPÕE SOBRE A PUBLICAÇÃO, NA INTERNET E NAS UNIDADES DE SAÚDE DO SUS, DA LISTA DE ESPERA DOS PACIENTES QUE AGUARDAM POR CONSULTAS, EXAMES, INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS E OUTROS PROCEDIMENTOS, NOS ESTABELECIMENTOS DA REDE PÚBLICA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE CABREÚVA/SP" – INICIATIVA PARLAMENTAR – TRANSPARÊNCIA GOVERNAMENTAL – INICIATIVA CONCORRENTE – IRRELEVÂNCIA DO IMPACTO FINANCEIRO-ORÇAMENTÁRIO DECORRENTE DA

Acesso ao Sumário

EXECUÇÃO DA LEI – EFICIÊNCIA E INTERESSE PÚBLICO ASSEGURADOS – PRIVACIDADE E INTIMIDADE DOS PACIENTES – DADOS DIVULGADOS QUE PODEM POSSIBILITAR IMEDIATA IDENTIFICAÇÃO DA PESSOA – OFENSA AO INCISO X DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICÁVEL AOS MUNICÍPIOS POR FORÇA DO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE APENAS DO INCISO III DO ART. 4º DA LEI Nº 2.346, DE 19 DE JUNHO DE 2023, DO MUNICÍPIO DE CABREÚVA – AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, TORNADA DEFINITIVA A LIMINAR NA EXTENSÃO DA PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Cabreúva em face da Lei Municipal nº 2.346/2023, que "Dispõe sobre a publicação, na internet e nas unidades de saúde do SUS, da lista de espera dos pacientes que aguardam por consultas, exames, internações cirúrgicas e outros procedimentos, nos estabelecimentos da rede pública de saúde do município de Cabreúva".

Em síntese, sustenta o autor que a lei impugnada, que teve origem na Câmara dos Vereadores, cujo veto integral do Executivo Municipal foi rejeitado por aquela, é manifestamente inconstitucional, ante o vício de iniciativa, pois a matéria, além de impor ônus e obrigações a órgãos do Poder Executivo, o que por si só representa indevida afronta aos princípios constitucionais da independência e harmonia entre os poderes do Estado, ainda fere frontalmente sua competência privativa ao cuidar da estrutura e atribuições dos órgãos da Administração Pública Municipal, assim como ofende direito à privacidade dos pacientes, em afronta aos artigos 5º, § 1º e § 2º; 24, § 2º – "2"; 25; 47, II, XI, XIV, XIX, alínea "a"; 144 e 176, I e II, todos da Constituição do Estado de São Paulo, reproduzidos em homenagem ao princípio da simetria, da Constituição Federal da República.

Diz que a atividade legislativa extrapolou os limites da iniciativa parlamentar, usurpando a competência privativa do Chefe do Poder Executivo ao dispor sobre a obrigatoriedade de publicação mensal do balanço de cirurgias eletivas, consultas médicas e exames médicos realizados, bem como a lista de espera de pacientes usuários do SUS.

Acrescenta que nos artigos 1º e 4º, inciso III, da Lei impugnada, há afron-

Acesso ao Sumário

ta direta à privacidade dos pacientes, estabelecida no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, com a obrigatoriedade de divulgação de forma excessiva de informações, tornando possível que sejam identificados por terceiros.

Por fim, alega que a norma impugnada não indica os recursos orçamentários necessários para a cobertura dos gastos advindos que, no caso, são evidentes porquanto ordenam atividades novas na Administração Pública, cuja instituição demanda meios financeiros que não foram previstos e novas exigências a servidores do Executivo.

Postula liminar para suspensão da vigência da Lei nº 2.346/2023 do Município de Cabreúva e, no mérito, procedência da ação para que seja declarada sua inconstitucionalidade, com efeito **ex tunc.**

A liminar foi deferida (fls. 22/24).

O Presidente da Câmara Municipal de Cabreúva prestou informações (fls. 35/56).

A Procuradoria-Geral do Estado, embora tenha sido citada, não se manifestou (fls. 148).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência parcial da ação (fls. 153/174).

É o Relatório.

A Lei nº 2.346, de 19 de junho de 2023, do Município de Cabreúva, que "Dispõe sobre a publicação, na internet e nas unidades de saúde do SUS, da lista de espera dos pacientes que aguardam por consultas, exames, internações cirúrgicas e outros procedimentos, nos estabelecimentos da rede pública de saúde do município de Cabreúva", tem o seguinte teor:

"Art. 1º. Fica o Município de Cabreúva, através da Secretaria de Saúde, responsável em apresentar mensalmente, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), os balanços de cirurgias eletivas, consultas médicas e exames médicos realizados, assim como a lista de espera destes, na respectiva ordem de cadastro em que foram executados, e os que ainda se encontram em aguardo nas filas de espera.

§ 1º. As listagens disponibilizadas devem ser específicas para cada modalidade de consulta (discriminada por especialidade), exame, intervenção cirúrgica e outros procedimentos, e abranger todos os pacientes inscritos em quaisquer das unidades do SUS da cidade de Cabreúva, incluindo as unidades conveniadas e outros prestadores que recebem recursos públicos.

§ 2º. Fica proibida a divulgação de consultas e/ou exames de pacientes classificados como infectocontagiosos.

Art. 2º. A lista de espera de que trata esta Lei deve ser disponibilizada pelo gestor do SUS, que deverá seguir a ordem de inscrição para a chamada dos pacientes, salvo nos procedimentos emergenciais, de urgência ou de maior gravidade, assim atestados por profissional competente.

Acesso ao Sumário

Parágrafo único. O gestor do SUS deve unificar as listas, levando em consideração os critérios técnicos para o atendimento do paciente.

Art. 3º. A divulgação das informações de que trata esta Lei deve observar o direito à privacidade do paciente.

Art. 4º. As listas de espera divulgadas devem conter:

I – a data de solicitação da consulta (discriminada por especialidade), do exame, das intervenções cirúrgicas ou de outros procedimentos;

II – a posição que o paciente ocupa na fila de espera;

III – o número do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), colocando 'X' em parte, resguardando a intimidade e o sigilo médico;

IV – a especificação do tipo de consulta (discriminada por especialidade), exame, intervenção cirúrgica ou outros procedimentos; e,

V – a estimativa de prazo para o atendimento solicitado.

Art. 5º. As unidades de saúde afixarão em local visível as principais informações desta Lei.

Art. 6º. Esta Lei entra em vigor após 30 dias da data de sua publicação".

Convém desde logo dizer que o parâmetro de controle abstrato de normas é a Constituição Estadual, a teor do art. 125, § 2º, da CF.

A norma em questão não cria nem extingue Secretarias e órgãos do Poder Executivo Municipal; não cria ou extingue cargos, funções ou empregos públicos, e não fixa a respectiva remuneração; igualmente não dispõe sobre servidores públicos e tampouco sobre os respectivos regimes jurídicos.

Como salientou o ilustre Subprocurador-Geral de Justiça em seu parecer:

"...Ora, a lei impugnada consubstancia a transparência governamental e não se arrola nas hipóteses de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo nem da reserva da Administração. Em linhas gerais, diz respeito à transparência as listas dos pacientes que aguardam por consultas, exames e intervenções cirúrgicas nos estabelecimentos da rede pública de saúde municipal, mediante informação mais ágil destinada aos munícipes.

Com efeito, a lei que disciplina a publicidade administrativa, prevista no art. 37, caput, da Constituição Federal e que vincula todos os entes federativos, não demanda iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo".

E prossegue:

"Por identidade de razões, não há como se vindicar espaço inerente à reserva da Administração por carecer exclusividade – explicitamente declarada na Constituição – para a disciplina do assunto que, como visto, pode ser objeto de lei de iniciativa comum ou concorrente".

Não se sustenta, portanto, o argumento de que a matéria disposta na lei impugnada estaria inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada do Executivo Municipal.

Com efeito, lei municipal, de iniciativa parlamentar, que visa ao aumento

da transparência governamental, e que beneficia os munícipes que aguardam para a realização de procedimentos médicos, aumentando a eficiência das comunicações e auxiliando a fiscalização do serviço público prestado, não padece de vício de iniciativa nem viola o princípio da separação entre os poderes ou da reserva da administração, pois está a prestigiar o princípio da publicidade e o dever de transparência na Administração Pública, bem como a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, para fins de repercussão geral, no Tema 917 daquela Corte Suprema.

Deveras, ausência de previsão de dotação orçamentária na lei, por si só, não autoriza declaração de sua inconstitucionalidade, impedindo apenas sua eficácia no exercício financeiro respectivo (ADI nº 3.599/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.09.2007; ADI nº 1.585/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 03.04.1998).

Portanto, não há que se falar em ofensa ao princípio da separação de poderes, à iniciativa legislativa reservada ou à reserva da administração, tampouco contrariedade ao ordenamento por criação de despesa pública não prevista no orçamento.

Por fim, especificamente quanto ao inciso III do artigo 4º da Lei nº 2.346, de 19 de junho de 2023, do Município de Cabreúva, como bem apontou o ilustre Subprocurador Geral de Justiça, a disponibilização, ainda que parcial, do número do CPF, possibilitará identificar a pessoa do paciente e alguns elementos relativos ao seu estado de saúde e, eventualmente, até de sua doença, a partir do procedimento cirúrgico pelo qual aguarda, o que se revela contrário ao direito à privacidade e à intimidade, em nítida violação à proteção conferida ao art. 5º, X, da CF, aplicável aos Municípios, por força do seu art. 29 e do art. 144, da Constituição do Estado.

Na esteira da fundamentação do voto vem decidindo o Órgão Especial, cujas ementas transcrevo:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 2.246, DE 17 DE JANEIRO DE 2023, DO MUNICÍPIO DE SÃO LUIZ DO PARAITINGA – DIVULGAÇÃO DE LISTA DE PACIENTES QUE AGUARDAM POR CONSULTAS, EXAMES E CIRURGIAS NA REDE PÚBLICA MUNICIPAL – PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA DE INFORMAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO – DETERMINAÇÃO A ÓRGÃOS RESPONSAVEIS PELA LISTAGEM E ATUALIZAÇÃO – OBRIGATORIEDADE DE RELATÓRIOS QUADRIMESTRAIS SOB PENA DE CRIME DE RESPONSABILIDADE – INADMISSIBILIDADE – DADOS DIVULGADOS QUE DEVEM PRESERVAR A PRIVACIDADE DO PACIENTE. 1. Lei de iniciativa parlamentar que obriga a Administração Municipal a divulgar lista de pacientes que aguardam consultas, exames ou cirurgias na rede pública de saúde. Divulgação de informações de interesse público que prestigia o princípio da publicidade. 2. O objeto da lei em si – divulgação da lista de espera não trata da estrutura da Administração ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. Inexistência de iniciativa privativa do Chefe do

Poder Executivo. Tema 971 do STF. 3. Imposição de que a inscrição e atualização dos registros, que deve ser mensal, seja feita pelas unidades básicas de saúde. Inadmissibilidade. 4. Obrigatoriedade de divulgação de relatórios quadrimestrais sobre o andamento da fila, sob pena de responsabilidade. Ofensa à separação de Poderes e à Súmula Vinculante nº 46. 5. Fixação de prazo para regulamentação pelo Executivo ofende o princípio da separação de Poderes (artigos 5º, 47, II e XIV, e 144, CE). Precedentes do Tribunal. 6. A divulgação do número do Cartão Nacional de Saúde do paciente permite sua identificação pública e, por consequência, viola direito à privacidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte" (Direta de Inconstitucionalidade nº 2006185-20.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Des. Décio Notarangeli, j. 09.08.2023).

"DIVULGAÇÃO DA LISTA DE ESPERA PARA CONSULTAS E OUTROS PROCEDIMENTOS DA ÁREA DA SAÚDE. Lei n. 3.931, de 21 de junho de 2022, do Município de Andradina. I. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DE MATÉRIA INSERIDA NA RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO. DEVER DE TRANSPARÊNCIA. Imposição genérica à Municipalidade da obrigação de divulgar a lista de espera para consultas e outros procedimentos da área da saúde. Poder de suplementar a legislação federal e estadual, dando cumprimento ao princípio da publicidade e ao dever de transparência na Administração Pública. II. VIOLAÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE. Dispositivos que permitem que o conhecimento do documento de identificação do paciente. Possibilidade de se descobrir o estado de saúde do usuário do serviço, o que fere, inclusive, o direito ao sigilo médico, corolário do direito à privacidade. Ofensa ao inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da Constituição Estadual. Ação julgada parcialmente procedente" (Direta de Inconstitucionalidade nº 2161535-35.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Des. Moacir Peres, j. 07.12.2022).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 6.954, de 14 de junho de 2021, do Município de Sertãozinho, de iniciativa parlamentar, dispondo sobre a publicação, no portal eletrônico oficial da Prefeitura, das listas de pacientes que aguardam por consultas, exames, internações e outros procedimentos nos estabelecimentos da rede pública municipal, incluindo-se instituições conveniadas ou qualquer estabelecimento financiado total ou parcialmente pelo dinheiro público. Vício de iniciativa – inocorrência. Tema nº 917 do STF. Desrespeito aos princípios da 'reserva da administração' e da separação de poderes. Afronta à Lei Geral de Proteção de Dados não configurada (art. 7º, III e VIII da Lei Federal nº 13.709/2018). Preceitos trazidos pelos arts. 4º e 5º da aludida norma invadem a seara privativa do Executivo; preceito do art. 2º do aludido normativo fere o direito à privacidade – Afronta à Constituição Estadual (arts. 5º, 47, XIV, 117 e 114 da CE). Precedentes. Ação parcialmente procedente" (Direta de Inconstitucionalidade nº 2174601-19.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Des. Fábio Gouvêa, j. 23.03.2022).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 1.808, de 29 de novembro de 2019, do Município de Taquarituba, de iniciativa parlamentar

Acesso ao Sumário

com integral veto do Prefeito, que determinou a publicização na internet de lista de espera de agendamentos de consultas/exames na rede municipal de saúde – Alegação de usurpação da competência privativa do Poder Executivo, violando a separação os poderes – VÍCIO DE INICIATIVA – Projeto apresentado por parlamentar direcionado à obrigatoriedade do Poder Executivo de providenciar divulgação de listagens de pacientes que aguardam consultas com médicos especialistas da rede municipal – Não ocorrência – Lei objurgada que disciplina interesse local dentro da competência suplementar autorizada na forma do artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal, antes a preexistência da Lei Federal nº 8.080/90 que suplanta a exigência do inciso XII do artigo 24 da Carta Maior – Situação, ainda, que há convergência com as Leis Federais nºs 12.527/2011 (acesso à informação) e 12.965/2014 (marco civil na internet) – Possibilidade de iniciativa de projetos de lei nessa matéria por parte de integrante do Poder Legislativo, conforme Tema 917 em repercussão geral no S.T.F. – Lei impugnada que se limita a prever a divulgação das listagens sem, contudo, interferir na gestão administrativa do Poder Executivo – Inconstitucionalidade inexistente – Ação julgada improcedente" (Direta de Inconstitucionalidade nº 2035166-64.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Des. Jacob Valente, j. 24.02.2021).

Ante o exposto, julgo procedente em parte a ação para declarar a inconstitucionalidade apenas do inciso III do artigo 4º da Lei nº 2.346, de 19 de junho de 2023, do Município de Cabreúva, tornando definitiva, quanto a esse dispositivo, a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2181333-45.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MARÍLIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.113)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 1º de novembro de 2023.
FÁBIO GOUVÊA, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Prefeito Municipal de Marília que questiona a Lei Municipal nº 8.977, de 20 de junho de 2023, que "dispõe sobre prioridade nos programas de habitação de interesse social promovidos pelo município, para mulheres responsáveis pela unidade familiar, vítimas de violência doméstica e de baixa renda". Não configuração de vício de iniciativa nem de afronta ao princípio da separação de poderes. Poder Legislativo que possui competência para estabelecer a política de proteção a vulneráveis. Incidência do Tema nº 917 da Repercussão Geral (STF) e precedentes deste C. Órgão Especial e do STF. Ação direta julgada improcedente e revogada a liminar.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Prefeito do Município de Marília, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 8.977, de 20 de junho de 2023, do Município de Marília, a qual "dispõe sobre prioridade nos programas de habitação de interesse social promovidos pelo município, para mulheres responsáveis pela unidade familiar, vítimas de violência doméstica e de baixa renda, e dá outras providências".

Aduz o autor, em síntese, que referida norma, ao criar prioridades em programa de habitação popular sem o devido estudo social, interfere diretamente na organização e no funcionamento da Administração Municipal e viola os princípios de separação de poderes e de reserva da administração, afrontando, assim, o disposto nos arts. 5º, 47, II, XI, XIV, XIX, *a*, e 114 da Constituição Estadual.

Pela decisão de fls. 65/66, deferi a liminar para suspender a eficácia do Diploma Legal objurgado, com efeitos *ex nunc*.

Informações do Presidente da Câmara Municipal de Marília às fls. 78/91, defendo a constitucionalidade da lei impugnada.

Embora citada, a douta Procuradora-Geral do Estado não se manifestou (fl. 122).

Parecer do douto Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. Wallace Paiva Martins Junior, às fls. 127/133, opinando pela improcedência do pedido.

É o relatório.

A ação deve ser julgada improcedente.

A lei municipal ora questionada em fiscalização abstrata de constitucio-

Acesso ao Sumário

nalidade foi publicada com o seguinte teor:

Art. 1º. As famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar, as mulheres vítimas de violência doméstica e as mulheres de baixa renda terão prioridade em todos os programas de habitação de interesse social promovidos pelo Município.

Parágrafo único. Deverão ser reservadas, no mínimo, 3% (três por cento) das unidades habitacionais dos programas de habitação de interesse social para o atendimento às pessoas descritas neste artigo.

Art. 2º. Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I. baixa renda: renda familiar per capita de até meio salário mínimo, ou renda familiar mensal de até três salários mínimos, ou inscrição no CadÚnico – Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal;

II. renda familiar mensal: a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pela totalidade dos membros da família, excluindo-se os rendimentos concedidos por programas oficiais de transferência de renda.

Art. 3º. Para ter direito à prioridade de que trata esta Lei, as beneficiárias deverão respeitar os seguintes critérios:

I. responsável pela unidade familiar: a beneficiária deverá comprovar documentalmente tal declaração;

II. vítima de violência doméstica: a beneficiária deverá possuir medida protetiva ativa em seu favor, nos moldes previstos na Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha.

§ 1º. As beneficiárias não poderão ser proprietárias de outro imóvel urbano ou rural.

§ 2º. O recebimento de benefícios sociais originários de políticas de transferência de renda não obsta o direito à prioridade nos programas de habitação de interesse social estabelecido por esta Lei.

§ 3º. O retorno da mulher ao convívio junto ao agressor, a cessação da medida protetiva ou a improcedência da ação penal originada da medida protetiva acarretam a perda da prioridade descrita nesta Lei.

Art. 4º. A beneficiária só poderá valer-se do benefício desta Lei uma única vez.

Art. 5º. A beneficiária que omitir informações ou prestar informações inverídicas, sem prejuízo de outras sanções, deverá ser excluída, a qualquer tempo, do processo de priorização.

Art. 6º. O Poder Executivo regulamentará esta Lei.

Art. 7º. As despesas decorrentes da aplicação desta Lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 8º. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Anoto, de início, que cumpre ao Tribunal de Justiça realizar o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais tendo por parâmetro de controle a Constituição Estadual (art. 125, § 2º, da Constituição Federal), e, eventualmente, como já assentado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, normas da Constituição Federal que sejam consideradas de *"reprodução obri-*

Acesso ao Sumário

gatória" pelo constituinte estadual, como é o caso daquelas que regem as competências dos entes federativos e o processo legislativo.

No caso dos autos, verifico que não há vício de iniciativa reservada do Poder Executivo nem violação ao princípio constitucional da separação de poderes.

De um lado, porque a lei em apreço, que prioriza mulheres vulneráveis nos programas sociais de habitação, trata de matéria não inserida entre aquelas cuja iniciativa legislativa compete exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 24, § 2º e art. 47, incs. II e XIV, ambos da Constituição Estadual de São Paulo.

De outro, porque a lei analisada não instituiu programa social nem ampliou programa existente, mas apenas estabeleceu, às mulheres vulneráveis, prioridade entre os beneficiários de programas sociais preconizados em outros atos normativos. Vale dizer, não houve imposição à Administração de mobilização de pessoal, de insumos, de bens ou de investimentos públicos.

Nesse sentido, vale citar o entendimento já sedimentado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral no julgamento do ARE 878.911-RJ (Tema nº 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)"*. Em verdade, mesmo a legislação que criasse despesas à Administração Pública não estaria eivada de inconstitucionalidade, mas apenas padeceria de ineficácia no exercício financeiro respectivo à sua vigência.

Não por outra razão, mesmo em análise de lei municipal de iniciativa parlamentar que criou programa de concessão de auxílio aluguel às mulheres vítimas de violência doméstica, o C. Supremo Tribunal Federal[1] reformou v. Acórdão deste C. Órgão Especial para fazer prevalecer o entendimento segundo o qual *"a lei (...), ao prever a concessão de auxílio aluguel às mulheres vítimas de violência doméstica, densifica os diversos comandos constitucionais de proteção integral da criança e de grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado"*, reconhecendo a constitucionalidade do diploma, que produz reflexos até financeiros na Administração, muito mais expressivos que os ora analisados.

Caminha nesse sentido também a jurisprudência deste C. Órgão Especial em casos similares:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.030, de 10 de maio de 2017, do Município de Brotas, que "dispõe sobre **vagas externas, exclusivas para idosos e pessoas com deficiência, próximas aos prédios públicos** e dá outras providências" – **Ato normativo**

1 STF, RE 1.412.155, Rel. Min. Edson Fachin, provido monocraticamente em 01/02/2023, com subsequente não conhecimento, pela Segunda Turma, do agravo interno interposto, por intempestividade.

Acesso ao Sumário

que não usurpa atribuição do Chefe do Poder Executivo – (...) repercussão geral tema 917 do Colendo Supremo Tribunal Federal (...) – Não ocorrência de ofensa à regra da separação dos Poderes – Vício de iniciativa – Inexistência – (...) Pedido improcedente. (ADI 2130762-80.2017.8.26.0000; Rel. Des. Ricardo Anafe; j. 29/11/2017)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei 5.457/2019, do Município de Mauá, de iniciativa parlamentar, que "dispõe sobre a **criação e implantação do Programa 'Novo Olhar' com a finalidade de assegurar o fornecimento de óculos de grau às famílias carentes**, cuja renda mensal per capita seja igual ou inferior a um salário mínimo (...)". **Ausência de vício de iniciativa ou afronta à reserva da administração na instituição de regras genéricas e abstratas sobre a criação de programa de auxílio à saúde, mesmo quando imponha despesas.** Tema 917 do STF. (...) (ADI 2297483-17.2020.8.26.0000; Rel. Des. Claudio Godoy; j. 11/08/2021)

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Município de Santo André. Lei Municipal nº 10.408/2021, de iniciativa do Poder Legislativo, que 'Institui a política municipal de proteção à saúde bucal da pessoa hospitalizada'. (...) **Ausência de vício formal de iniciativa ou de violação à separação dos poderes, já que 'Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos' (Tema 917/STF).** Omissão a respeito da expressa indicação de fonte de custeio que, da mesma forma, não autoriza o reconhecimento do alegado vício de inconstitucionalidade, de vez que a 'ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro' (ADI nº 3.599, rel. Min. Gilmar Mendes, j. de 21.05.2007). AÇÃO IMPROCEDENTE. (ADI nº 2268886-04.2021.8.26.0000, Rel. Des. Jarbas Gomes, j. 24/08/2022).

Assim, como bem pontuou a douta Procuradoria Geral de Justiça quanto à lei objurgada, é certo que, *"atendendo-se à natureza e à extensão da divisão funcional do poder, é lícito ao Poder Legislativo – assim como ao Poder Executivo pelos instrumentos normativos à sua disposição – instituir políticas públicas, desde que não tangencie o núcleo da reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo (organização e funcionamento da Administração; atribuição de competências a órgãos do Poder Executivo com geração de despesas; servidores públicos e seu regime jurídico etc.); ou da reserva da Administração (direção superior das atividades administrativas; organização e funcionamento da Administração; atribuição de competências a órgãos do Poder Executivo sem geração de despesas; prática de atos da Administração etc.). Dessa ótica, ao estipular critérios prioritários para a seleção de programas assistenciais habitacionais, a lei local não transpassa qualquer dessas balizas"* (fl. 130).

Acesso ao Sumário

Por esses motivos, meu voto é pela improcedência da ação direta, com revogação da liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2173887-88.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A ADV. DRA. JAQUELINI CRISTINA DE GODEIS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 82.408)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 1º de novembro de 2023.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA CONTRA A LEI MUNICIPAL 6.413/2023 QUE DISPÕE SOBRE A ELABORAÇÃO, PELO SISTEMA MUNICIPAL DE SAÚDE, DA CARTILHA INFORMATIVA SOBRE OS CUIDADOS COM OS RECÉM-NASCIDOS PROGNOSTICADOS COM SÍNDROME DE DOWN CONTENDO A LOCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES E ASSOCIAÇÕES ESPECIALIZADAS NO AUXÍLIO E ACOMPANHAMENTO MÉDICO DESSA SÍNDROME, VINCULANDO A ENTREGA DA CARTILHA AOS PAIS PELOS HOSPITAIS PÚBLICOS E PRIVADOS. 1. ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA EM RELAÇÃO À

Acesso ao Sumário

LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO. DESCABIMENTO. 2. VÍCIO DE INICIATIVA NÃO CARACTERIZADO, JÁ QUE NÃO SE TRATA DE HIPÓTESE DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INTELIGÊNCIA DO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 917 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES, EXCETO EM RELAÇÃO À EXPRESSÃO *"ATRAVÉS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE"* CONTIDA NO CAPUT DO ART. 1 º DA MENCIONADA LEI. PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL EM CASOS ANÁLOGOS. 4. EXPRESSÃO *"ATRAVÉS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE"* CONTIDA NO CAPUT DO ART. 1 º DA LEI EM DESTAQUE. OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE É DE RIGOR 5. DEMANDA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, proposta pelo Prefeito do Município de Catanduva, tendo por objeto a Lei nº 6.413/2023 do Município de Catanduva, que *"Dispõem sobre a elaboração, pelo sistema municipal de saúde, da cartilha informativa sobre os cuidados com os recém-nascidos prognosticados com Síndrome de Down contendo a localização das instituições e associações especializadas no auxílio e acompanhamento médico dessa síndrome, vinculando a entrega da cartilha aos pais pelos hospitais públicos e privados."*

Alega o autor que a norma impugnada é inconstitucional porque viola frontalmente o princípio da separação dos poderes e contém vício de iniciativa, já que envolve matéria que é de competência do Poder Executivo. Invoca o disposto no art. 144 da Constituição Estadual e o art. 67, II e VI da Lei Orgânica Municipal. Bate-se pelo reconhecimento da inutilidade de lei meramente autorizativa e afirma que ela cria despesas para o Município. Argumenta que a mencionada legislação municipal de autoria parlamentar invadiu a esfera de gestão administrativa, que cabe ao Poder Executivo. Pede a concessão de liminar e, ao final, a declaração de inconstitucionalidade da lei em discussão.

Processou-se sem deferimento da liminar (fls. 36/37). O Presidente da Câmara de Vereadores prestou informações (fls. 47/52), a Procuradoria-Geral

Acesso ao Sumário

do Estado não se manifestou (fls. 164), e a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência parcial do pedido (fls. 169/182), apenas para que seja declarada a inconstitucionalidade da expressão *"através da Secretaria Municipal de Saúde"* do caput do art. 1º da Lei nº 6.413, de 15 de junho de 2023, do Município de Catanduva.

É o relatório.

Inicialmente, convém assentar que não é cabível análise da inconstitucionalidade da norma em relação à Lei Orgânica do Município. Nesse contexto, já restou assentado neste Órgão Especial, verbis: *"A Constituição Estadual é o exclusivo parâmetro de controle na sindicância de constitucionalidade de lei municipal por via de ação direta, sendo inadmissível seu contraste com a Lei Orgânica Municipal."* (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2161844-90.2021.8.26.0000, Rel. Cristina Zucchi, j. 16.02.2022).

No mais, a presente ação deve ser julgada parcialmente procedente.

A Lei nº 6.413/2023 do Município de Catanduva, que dispõe sobre a elaboração, pelo sistema municipal de saúde, da cartilha informativa sobre os cuidados com os recém-nascidos prognosticados com Síndrome de Down contendo a localização das instituições e associações especializadas no auxílio e acompanhamento médico dessa síndrome, vinculando a entrega da cartilha aos pais pelos hospitais públicos e privados de Catanduva, de iniciativa do Poder Legislativo local, e por ele aprovada, **exceto** na expressão adiante discriminada, não invade reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo e, assim, não viola a separação de poderes, conforme já reiteradamente externado neste Órgão Especial, pois que se trata de matéria que se insere na competência legislativa dos Municípios, nos termos do art. 30, I e II, da Constituição Federal.

Relembre-se ainda que, nos termos do art. 24, § 2º da Constituição Bandeirante, são matérias reservadas ao Chefe do Poder Executivo: *"**1** – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração; **2** – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX; **3** – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União; **4** – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; **5** – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar; **6** – Declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal."* E a lei impugnada veicula apenas normas relativas à elaboração, na esfera municipal, de cartilha informativa sobre os cuidados com os recém-nascidos prognosticados com Síndrome de Down contendo a localização das instituições e associações especializadas no auxílio e acompanhamento médico dessa

Acesso ao Sumário

síndrome, vinculando a entrega da mencionada cartilha aos pais pelos hospitais públicos e privados de Catanduva. Não se inclui, portanto, no rol de matérias reservadas ao Chefe do Executivo.

E mais, como já definido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ARE 878.911 (Tema 917): *"Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal)."*

Nesse ponto, cabe transcrever lição do Desembargador Alex Zilenovski sobre o tema, em que bem rechaçada a alegação de vício de iniciativa em hipótese semelhante à presente: *"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 5.629, de 15 de setembro de 2020, que 'dispõe sobre a implantação do acompanhamento psicológico para mulheres vítimas de violência no Município de Mauá, e dá outras providências'. Inocorrência de inconstitucionalidade. Ausência de vício de iniciativa legislativa. Exclusiva competência do Chefe do Poder Executivo não caracterizada. Inteligência da Constituição Estadual do Estado de São Paulo e da jurisprudência do E. STF. Ausência de violação do Pacto Federativo e do princípio constitucional da separação de poderes. A lei municipal impugnada não cria ou altera a estrutura ou a atribuição de órgãos da Administração Pública local nem trata do regime jurídico de servidores públicos, motivo pelo qual não se vislumbra qualquer vício de inconstitucionalidade formal na legislação impugnada. Ação nessa parte improcedente."* (Ação direta de inconstitucionalidade nº 2287863-78.2020.8.26.0000, j. em 4.8.2021). E assim também restou decidido mais recentemente nesta Corte, por votação unânime, em acórdão de minha relatoria: Ação direta de inconstitucionalidade nº 2161527-58.2022.8.26.0000, j. em 23.11.2022

Em resumo, a norma impugnada não está eivada de vício de iniciativa e nem viola o princípio da separação dos poderes, **exceto** em relação à expressão a seguir discriminada.

A legislação municipal em análise contém inconstitucionalidade por violação à separação de poderes no tocante à expressão *"através da Secretaria Municipal de Saúde"* contida no caput do art. 1º da Lei nº 6.413, de 15 de junho de 2023, do Município de Catanduva. Nesse ponto, vale transcrever mencionado dispositivo legal, verbis:

> *"Art. 1º Fica autorizado o Executivo* ***através da Secretaria Municipal de Saúde*** *a elaborar um Cartilha Informativa sobre os primeiros cuidados que os pais devem ter com os recém-nascidos prognosticados com Síndrome de Down."*

Tal expressão prescreve atribuição a determinado órgão do Poder Executivo (Secretaria Municipal de Saúde), ou seja, relaciona-se à prática de atos de administração ordinária, o que não pode ser admitido na lei em discussão,

já que isso implica verdadeira violação aos arts. 5º e 47, II, XIV e XIX, "a", da Constituição Estadual. O Poder Legislativo não pode dispor sobre quem, na esfera do Poder Executivo, será o responsável pela elaboração da cartilha em análise. Qual secretaria, servidores ou órgãos serão designados para tal intento, bem como se é caso ou não de eventual celebração de convênios com alguma entidade de livre escolha do Poder Executivo, são matérias que não podem ser disciplinadas pelo Poder Legislativo, por implicarem indevida invasão de competência, em outras palavras, violação da separação dos poderes.

Nesse sentido, lapidar a lição do eminente Desembargador Ferreira Rodrigues em caso semelhante: *"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.580, de 12 de junho de 2019, que autoriza o Poder Executivo a "implantar nas escolas municipais o Programa "Horta na Escola". Alegação de vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação dos poderes. Reconhecimento. Lei impugnada, de autoria parlamentar, que cria novas atribuições a órgãos da administração municipal, violando os artigos 5º, 24, § 2º, item "2", e 47, incisos II e XIX, "a", da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade manifesta. Lei meramente autorizativa. Irrelevância. Prefeito Municipal que não precisa de autorização do Legislativo para o exercício de atos de sua exclusiva competência. Norma impugnada que, na verdade, contém indisfarçável "determinação" (ADIN nº 0283820-50.20118.26. 0000) sendo, por isso, manifestamente inconstitucional. Ação julgada procedente."* (Ação direta de inconstitucionalidade nº 2138640-17.2021.8.26.0000, j. em 20.10.2021).

Releva, por fim, observar que se trata de lei meramente autorizativa e, assim, não fora fixado prazo para sua regulamentação por meio de decreto, o que se revela escorreito.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente a presente ação, para declarar a inconstitucionalidade da expressão *"através da Secretaria Municipal de Saúde"* do caput do art. 1º da Lei nº 6.413, de 15 de junho de 2023, do Município de Catanduva.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2298319-19.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A ADV. DRA. JAQUELINI CRISTINA DE GODEIS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

acórdão. **(Voto nº 49.215)**

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, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 1º de novembro de 2023.
DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Município de Catanduva. Ação proposta pelo Prefeito do Município buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 6.324, de 05 de outubro de 2022, do município de Catanduva que "dispõe sobre a prioridade à mulher vítima de violência doméstica e familiar que possui filhos e/ou dependentes sob sua guarda na aquisição de imóveis construídos pelos programas habitacionais no Município de Catanduva e dá outras providências". Arguição de usurpação de competência material da União, violando o disposto no art. 1º, 18, 30, I e II da Constituição Federal, aplicável aos Municípios por força do art. 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Legitimidade ativa para propositura de ADI. Priorização de mulheres vítimas de violência doméstica que não extrapola competência do Município, tratando-se de competência comum promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais, especialmente de grupos vulneráveis (art. 23, IX, da Constituição Federal). Usurpação de competência privativa da União apenas com relação ao estabelecimento de parcerias entre a União e o Estado-membro, contida no art. 2º, da Lei Municipal nº 6.324/2022. Afronta ao art. 21, XX, da Constituição Federal, aplicável aos Municípios por força do art. 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Ação parcialmente procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

O Prefeito do Município de Catanduva propõe Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Lei Complementar Municipal nº 6.324, de 05 de outubro de 2022, que "dispõe sobre a prioridade à mulher vítima de violência doméstica e familiar que possui filhos e/ou dependentes sob sua guarda na aquisição de imóveis construídos pelos programas habitacionais no Município de Catanduva e dá outras providências".

Sustenta que a lei versa sobre tema (mulheres vítimas de violência doméstica e familiar) que extrapola a competência legislativa municipal, invadindo a competência material da União quanto à fixação de parâmetros de prioridade não constantes do rol do artigo 14, III, da Lei Federal nº 14.118/2021, que institui o Programa Casa Verde e Amarela, em violação aos artigos 30, inciso I e II, da Constituição Federal, e artigos 5º e 144, da Constituição Estadual.

Acrescenta que o artigo 3º do Decreto Federal nº 10.600, de 14 de fevereiro de 2021, que regulamenta a Lei nº 14.118, de 12 de janeiro de 2021, estabelece a forma e a competência para a fixação de outras prioridades que não aquelas constantes da Lei objurgada.

Postula a procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 6.324, de 05 de outubro de 2022, do município de Catanduva.

O pleito liminar foi deferido para suspender a eficácia da Lei Municipal nº 6.324, de 05 de outubro de 2022, do Município de Catanduva, requisitadas informações e determinada a citação da douta Procuradoria Geral do Estado (fls. 46/50).

A Câmara Municipal manifestou-se a fls. 62/67 pela constitucionalidade da lei municipal

A Procuradoria-Geral do Estado, devidamente citada, deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestar-se, conforme certidão de fls. 58.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça a fls. 183/191 opinou pela procedência parcial do pedido conforme ementa:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 6.324, DE 05 DE OUTUBRO DE 2022, DE CATANDUVA. PRIORIDADE À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR QUE POSSUA FILHOS OU DEPENDENTES SOBRE SUA GUARDA NA AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS CONSTRUÍDOS POR PROGRAMAS HABITACIONAIS NO MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM ENTRE A UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA PROMOVER PROGRAMAS DE CONSTRUÇÃO DE MORADIAS E A MELHORIA DAS CONDIÇÕES HABITACIONAIS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PACTO FEDERATIVO QUANTO AO ESTABELECIMENTO DA PRIORIDADE EM QUESTÃO (ARTS. 23, IX, E 30, I E II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). ART. 2º: OFENSA À COM-

Acesso ao Sumário

PETÊNCIA NORMATIVA DA UNIÃO E DOS ESTADOS NO QUE DIZ RESPEITO À REALIZAÇÃO DE PARCERIAS COM OUTROS ENTES FEDERATIVOS. AFRONTA AOS ARTS. 21, XX, E 30, I E II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICÁVEIS AOS MUNICÍPIOS POR FORÇA DO ART. 29 DAQUELA CARTA E DO ART. 144 DA CARTA ESTADUAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. Lei municipal que dispõe sobre a prioridade à mulher vítima de violência doméstica e familiar que possua filhos ou dependentes sob sua guarda na aquisição de imóveis construídos por programas habitacionais no Município de Catanduva.

2. À luz do princípio da máxima efetividade constitucional e nos termos dos arts. 23, IX, e 30, I e II, da Constituição Federal, não há inconstitucionalidade na fixação da prioridade em questão em lei municipal, uma vez que é comum a competência material-normativa entre os entes federados para tratar de programas de construção de moradias e da melhoria das condições habitacionais, especialmente de grupo vulnerável.

3. A previsão contida no art. 2º da lei em foco viola o princípio do pacto federativo ao dispor sobre a realização de parcerias com a União e com os Estados na execução do programa instituído, por afronta aos arts. 21, XX, e 30, I e II, da Carta Federal, aplicáveis aos Municípios por força de seu art. 29 e do art. 144 da Carta Estadual.

4. Procedência parcial.

É o relatório.

De início, anote-se a legitimidade *ad causam* da do Prefeito do Município para a propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei Municipal nº 6.324/2022, consoante o art. 90, inciso II, da Constituição Estadual. Ademais, *in casu*, vislumbra-se a pertinência temática eis que a lei em comento ao dispor sobre prioridade a vítimas de violência doméstica em programa de habitação, aborda matéria que guarda relação à administração e gestão da Administração Pública.

A lei questionada assim dispõe:

LEI Nº 6.324, DE 05 DE OUTUBRO DE 2.022

Dispõe sobre a prioridade à mulher vítima de violência doméstica e familiar que possui filhos e/ou dependentes sob sua guarda na aquisição de imóveis construídos pelos programas habitacionais no município de Catanduva e dá outras providências.

Art. 1º Esta lei estabelece a prioridade à mulher vítima de violência doméstica e familiar que possui filhos e/ou dependentes sobre sua guarda, na aquisição de imóveis nos Programas Habitacionais promovidos pelo Município de Catanduva.

Parágrafo único. A comprovação da prioridade estabelece o "caput" deste artigo deverá ser instruída com os seguintes documentos:

I – Certidão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP, que comprove a existência de ação penal enquadrando a vítima nos termos

Acesso ao Sumário

da Lei Federal nº 11.340 de 07 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha;
II – Documento que comprove a instauração de inquérito policial contra o agressor nos termos da Lei Federal nº 11.340 de 07 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha;
III – Relatório elaborado por Assistente Social que realizou atendimento da vítima em qualquer órgão da rede de proteção em defesa dos direitos da mulher existente no município de Catanduva que ateste a necessidade de mudança da mulher do ambiente conjugal para outro local, com filhos e dependente;
IV – Declaração que não possui imóvel, inclusive sob sua posse;
V – Certidão de nascimento dos filhos, e se for o caso de dependentes, termo de guarda, tutela ou curatela.
Art. 2º Para efeito do disposto nesta Lei consideram-se programas habitacionais todas as ações da política habitacional do município desenvolvidas por meio dos seus braços operacionais, através de recursos próprios do tesouro municipal, ou mediante de parceria com a União, Estado ou entes privados.
Art. 3º O Poder Executivo poderá regulamentar a presente Lei em todos os aspectos necessários, para a sua efetiva aplicação e eficácia.
Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação revogadas as disposições em contrário.

Embora a petição inicial aponte afronta a dispositivos da Constituição Federal e legislação infraconstitucional cumpre anotar que a Constituição do Estado de São Paulo é parâmetro exclusivo no controle de constitucionalidade de leis municipais, sendo certo que a Constituição Federal estabelece em seu art. 125, § 2º que "cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão". Assim, inviável o controle abstrato da constitucionalidade da lei ora analisada em face da legislação federal como arguido na inicial.

No tocante a arguição de usurpação de competência da União, cumpre analisar o sistema instituído de repartição de competências de acordo com o federalismo brasileiro.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, a doutrina:
"Como no Estado Federal há mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, impõe-se a adoção de mecanismo que favoreça a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos. A repartição de competências entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para esse fim.
A repartição de competências consiste na atribuição, pela Constituição Federal, a cada ordenamento de uma matéria que lhe seja própria. (...).
O modo como se repartem as competências indica que tipo de federalismo é adotado em cada país. A concentração de competências no ente central aponta para um modelo centralizador (também chamado

> centrípeto); uma opção pela distribuição mais ampla de poderes em favor dos Estados-membros configura um modelo descentralizador (ou centrífugo). Havendo uma dosagem contrabalançada de competências, fala-se em federalismo de equilíbrio. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva, p. 849).

José Afonso da Silva trata sobre o problema da repartição de competências federativas:

> "A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa. Esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado federal. São notórias as dificuldades quanto a saber que matérias devem ser entregues à competência da União, quais as que competirão aos Estados e quais as que se indicarão aos Municípios. (...)
> A Constituição de 1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica." e esclarece, quanto ao sistema adotado pela Constituição de 1988, procurando definir o sistema complexo por ela adotado "que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § 1º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União,[3] enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar." (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 475 e 477).

Nesse ponto, importante trazer à questão o **princípio da predominância do interesse**, que norteia a repartição de competências, segundo o qual *"à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local"* (José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 476).

O art. 23, inciso IX, da Constituição Federal estabelece como competência comum entre os entes federados a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Além disso, o artigo 30, incisos I e II, atribui competência aos Municípios para *"legislar sobre assuntos de interesse local"* e *"suplementar a legislação*

Acesso ao Sumário

federal e a estadual no que couber".

Anote-se que recentemente o Decreto Federal nº 10.600, de 14 de fevereiro de 2021, que regulamentava a Lei nº 14.118, de 12 de janeiro de 2021, foi expressamente revogado pelo Decreto nº 11.439, de 17 de março de 2023, que regulamenta a Medida Provisória nº 1.162, de 14 de fevereiro de 2023, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida, convertida na Lei nº 14.620, de 13 de julho de 2023, que em seu art. 8º estabelece as prioridades para atendimento pelo programa habitacional:

> **Art. 8º** Serão priorizadas, para fins de atendimento a provisão subsidiada de unidades habitacionais com o emprego de dotação orçamentária da União e com recursos do FNHIS, do FAR ou do FDS, as famílias:
> I – que tenham a mulher como responsável pela unidade familiar;
> II – de que façam parte:
> a) pessoas com deficiência, conforme o disposto na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), inclusive aquelas com transtorno do espectro autista, conforme a Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012, devendo os imóveis destinados a essas pessoas ser adaptados à deficiência apresentada;
> b) pessoas idosas, conforme o disposto na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto da Pessoa Idosa), devendo os imóveis destinados a essas pessoas ser adaptados às suas condições físicas;
> c) crianças ou adolescentes, conforme o disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
> d) pessoas com câncer ou doença rara crônica e degenerativa;
> III – em situação de vulnerabilidade ou risco social, conforme a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social);
> IV – que tenham perdido a moradia em razão de desastres naturais em localidade em que tenha sido decretada situação de emergência ou estado de calamidade pública;
> V – em deslocamento involuntário em razão de obras públicas federais;
> VI – em situação de rua;
> **VII – que tenham mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, conforme o disposto na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha);**
> VIII – residentes em área de risco;
> IX – integrantes de povos tradicionais e quilombolas.
> § 1º De forma complementar, deverão ser também observadas outras prioridades sociais estabelecidas em leis específicas ou compatíveis com as linhas de atendimento do Programa, como a Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010 (Estatuto da Igualdade Racial), entre outras.
> § 2º Observado o disposto no caput, o Ministério das Cidades poderá estabelecer critérios complementares, conforme a linha de atendimento do Programa, e facultar aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades privadas sem fins lucrativos, quando promotoras de benefícios habitacionais, a inclusão de outros requisitos e critérios que

Acesso ao Sumário

busquem refletir situações de vulnerabilidade econômica e social locais.

Com exceção do art. 2º, não se vislumbra afronta à competência da União, estando a legislação municipal em consonância com os ditames federais, ressaltando-se que se trata de competência comum entre os entes federados a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais, especialmente de grupos vulneráveis, podendo o Município, atinente ao interesse local, regulamentar a matéria. Ademais, a priorização de vítimas de violência doméstica em programa habitacional está em sintonia com os ditames da legislação federal.

Todavia, com relação ao art. 2º, houve invasão da seara de competência da União e Estado, ao incluir na política habitacional local parcerias com a União e o Estado-membro, afrontando o disposto no art. 21, inciso XX, da Constituição Federal, aplicável aos Municípios por força do art. 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Art. 21. Compete à União:

XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

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.

Não compete ao Município a pretexto de suplementar legislação federal e estadual, no âmbito de seu interesse local, prever a realização de parcerias com a União para o desenvolvimento de ações da política habitacional.

Dessa forma, é caso de reconhecimento da inconstitucionalidade da expressão *"mediante de parceria com a União, Estado"*, contida no art. 2º da Lei nº 6.324, de 05 de outubro de 2022, por usurpação de competência privativa da União, consoante o art. 21, inciso XX, e art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal, aplicáveis aos municípios por força do art. 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Isso posto, **JULGO PROCEDENTE em parte a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão "mediante de parceria com a União, Estado", contida no art. 2º da Lei nº 6.324, de 05 de outubro de 2022, do Município de Catanduva.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2013406-54.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ARARAQUARA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

Acesso ao Sumário

proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 36.199)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 1º de novembro de 2023.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo nº 148 da Resolução nº 399/2012 do Município de Araraquara (Regimento Interno da Câmara Municipal) que trata da manutenção de exemplar da Bíblia no plenário da casa durante as sessões ordinárias e extraordinárias, assim como prevê a leitura de versículos, pelos vereadores, no início de cada sessão – Norma impugnada que viola o dever de neutralidade estatal imposto pelo artigo 19, inciso I, da Constituição Federal – Poder Público que deve se manter neutro em relação às diferentes denominações e crenças religiosas – Controle abstrato de normas municipais realizado com base na norma remissiva do artigo 144 da Constituição Estadual, posto envolver normas centrais da Constituição Federal e que incidem sobre a ordem local por força do princípio da simetria – Ademais, violação aos princípios constitucionais da isonomia e do interesse público aplicados à Administração Pública – Precedentes – AÇÃO PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA** em face do **PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ARARAQUARA**, tendo por objeto o artigo 148 da Resolução nº 399/2012 (Regimento Interno da Câmara Municipal de Araraquara), em que alega a inconstitucionalidade do dispositivo que trata da manutenção de exemplar

da Bíblia no plenário da casa durante as sessões ordinárias e extraordinárias, assim como prevê a leitura de versículos, pelos vereadores, no início de cada sessão.

Sustenta, em síntese, que o artigo impugnado se choca com o preceito constitucional da laicidade estatal, ofendendo a pluralidade de crenças ao estabelecer preferência por determinada religião. Afirma que o Estado Brasileiro, ao se firmar como laico, prestigia a igualdade e a liberdade de religião, possibilitando, até mesmo, a ausência de credos, não cabendo a qualquer ente estatal proceder de modo a privilegiar alguma religião em detrimento das demais.

Nesse passo, pugna pela declaração de inconstitucionalidade da norma.

Foram solicitadas informações ao **Presidente da Câmara Municipal de Araraquara** (fls. 121/122).

A **Procuradoria-Geral do Estado** deixou transcorrer *'in albis'* prazo para se manifestar nos autos (fls. 129).

O **Presidente da Câmara Municipal de Araraquara** prestou informações (fls. 133/139), sustentando, em síntese, que os edis possuem a faculdade de realizar a leitura dos versículos bíblicos, podendo livremente optar por não ler, bem como que as menções em questão se referem a um simples ato de fé, como forma de se buscar a sabedoria e proteção divina, em exercício da liberdade religiosa. Afirma que o próprio Conselho Nacional de Justiça reconhece o valor cultural da presença de símbolos religiosos em prédios do Poder Judiciário, autorizando sua manutenção, prática que pode ser ampliada à invocação da proteção divina.

A D. **Procuradoria-Geral de Justiça** manifestou-se (fls. 144/149), reiterando os termos da exordial.

É o relatório, passo ao voto.

A ação deve ser julgada procedente, reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 148 da Resolução 399/2012 (Regimento Interno da Câmara Municipal de Araraquara).

O texto impugnado tem o seguinte teor, *verbis*:

> *"RESOLUÇÃO Nº 399, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2012*
>
> *Estabelece por consolidação o Regimento Interno da Câmara Municipal de Araraquara.*
>
> *(...)*
>
> ***Art. 148.** O Presidente abrirá a sessão com as palavras 'Sob a Proteção de Deus, iniciamos nossos trabalhos', e a encerrará, dizendo: 'Sob a Proteção de Deus, terminamos nossos trabalhos', permanecendo a Bíblia Sagrada aberta no recinto do Plenário, durante as sessões, na forma deste artigo.*
>
> ***§ 1º.** Será lido um trecho da bíblia no início de cada sessão ordinária e extraordinária do legislativo.*

Acesso ao Sumário

§ 2º. A leitura do trecho da bíblia deverá ser procedida por um vereador obedecendo à sequência da ordem alfabética.

§ 3º. Caso algum dos edis não pretenda proceder à leitura, deverá solicitar a retirada de seu nome da lista elaborada para esse fim.

§ 4º. O trecho a ser lido deverá ter aproximadamente 6 (seis) versículos."

Consoante expressa disposição constitucional, manifestada no artigo 19, I, da Constituição Federal, é vedado à União, Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

"I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público".

A disposição constitucional referida tem como escopo a garantia da liberdade religiosa, fundada na pluralidade e no respeito às diversas manifestações humanas, bem como na necessidade de o Poder Público se manter neutro em relação às diferentes denominações e crenças, sendo garantido, no artigo 5º, VI, da Carta Magna, ser ***"inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias"***.

Nesse contexto, como bem destacado pelo D. Procurador-Geral de Justiça na exordial ***"não compete ao poder público criar preferência por determinada religião – como a leitura de um texto bíblico nas sessões da Câmara – voltado exclusivamente aos seguidores dos princípios cristãos"*** (fls. 04).

Com efeito, em se tratando de hipótese de controle abstrato de normas municipais, inquestionável a possibilidade de utilização de normas centrais da Constituição Federal, tais como as que versam sobre organização político-administrativa do Estado Brasileiro, ainda que não reproduzidas na Constituição Estadual, por força do princípio da simetria, de modo a conservar o pacto federativo, sempre amparado pela norma remissiva presente no artigo 144 da Constituição Estadual.

Acesso ao Sumário

Ademais, verifica-se ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e do interesse público aplicáveis à Administração Pública (art. 37, caput, CF e art. 111, CE), dado que o dispositivo do Regimento Interno da Câmara Municipal de Araraquara, ora impugnado, não trata de simples manutenção de exemplar da Bíblia nas sessões da Casa, mas de imposição de leitura de versículos do referido livro, no início de cada sessão do Legislativo local.

Assim, verificada a incompatibilidade do dispositivo impugnado com as disposições dos artigos 19, inciso I e 37, '*caput*' da Constituição Federal, aplicáveis aos municípios por força do artigo 144 da Constituição Estadual, impositivo o decreto de procedência da ação, com o reconhecimento da inconstitucio-

nalidade da norma em questão.

No mesmo sentido, precedentes deste **C. Órgão Especial** em casos análogos:

> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO 'E AO SEGUNDO SECRETÁRIO PARA QUE FAÇA A LEITURA BÍBLICA' CONSTANTE DO ART. 121 CAPUT, DA RESOLUÇÃO N. 16, DE 19 DE NOVEMBRO DE 1993, DO MUNICÍPIO DE PIRACICABA (REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL). AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LAICIDADE DO ESTADO. COROLÁRIO DA LIBERDADE RELIGIOSA. O Poder Público deve se manter neutro em relação às diferentes denominações e crenças religiosas. Lei que determina a leitura da Bíblia no início das sessões da Câmara Municipal, em ofensa ao princípio da laicidade estatal, decorrente da liberdade religiosa (artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal), e ao artigo 19, inciso I, da Constituição da República. Violação, ademais, a princípios constitucionais da Administração Pública, mormente os da isonomia e do interesse público. Ação julgada procedente."***[1].
>
> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questionamento de validade da Resolução n. 10, de 03 de agosto de 2021, da Câmara Municipal de Araras, que altera o § 7º, do artigo 174 do Regimento Interno da Câmara Municipal, e dispõe sobre a permanência da Bíblia sagrada sobre a mesa da Presidência e a leitura de trecho bíblico no início dos trabalhos do legislativo. Alegação de que a preferência por determinada religião na abertura dos trabalhos legislativos afronta a laicidade estatal. Reconhecimento. Norma impugnada que viola o dever de neutralidade estatal imposto pelo artigo 19, inciso I, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade manifesta, inclusive em relação à redação anterior do dispositivo (conferida pela Resolução n. 07/2021), que também previa a leitura de texto bíblico durante o início dos trabalhos legislativos. Hipótese de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento, conforme tem admitido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 1.144-RS, Rel. Min. Eros Grau, DJU 08/09/2006). É que em face declaração de inconstitucionalidade da Resolução 10/2021, e em decorrência do efeito repristinatório, a Resolução 07/2021, retomaria validade (indesejada), com os mesmos vícios, ou seja, com afronta à disposição do artigo 19, inciso I, da Constituição Federal. É importante considerar, sob esse aspecto, que as regras sobre organização político-administrativa (contidas no Título III, Capítulo I, da Constituição da República), inclusive aquela do artigo 19 (referente à laicidade estatal), traduzem verdadeiro instrumento de calibração***

1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2060503-84.2022.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, Órgão Especial, j. 06/09/2022.

do pacto federativo. Vale dizer, como normas centrais da Constituição Federal, 'reproduzidas, ou não' na Constituição Estadual, 'incidirão sobre a ordem local', por força do princípio da simetria, a fim de conservar o modelo federalista e os padrões estruturantes do Estado, daí a possibilidade de utilização de dispositivos dessa natureza (centrais e estruturantes) no controle abstrato de normas municipais com base na norma remissiva do artigo 144 da Constituição Estadual. Ação julgada procedente."[2].

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 83, parágrafo 3º da Resolução nº 4.448, de 15 de dezembro de 2004 (Regimento Interno da Câmara Municipal), do Município de Catanduva – Texto que determina a leitura de um texto bíblico após realizada a chamada dos vereadores na abertura da sessão legislativa – Violação à laicidade estatal e dos princípios da finalidade, impessoalidade, legalidade igualdade e interesse público – Incompatibilidade com os artigos 111 e 144 da Constituição do Estado, não podendo subsistir no ordenamento jurídico – Inconstitucionalidade que se declara do parágrafo 3º do artigo 83 da Resolução nº 4.448, de 15 de dezembro de 2004, do Município de Catanduva – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE."[3].

Ante o exposto, pelo meu voto, **JULGO PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO DIRETA para, nos termos do Acórdão, declarar a inconstitucionalidade do artigo 148 da Resolução 399/2012 – Regimento Interno da Câmara Municipal de Araraquara.**

Comunique-se oportunamente à Câmara Municipal, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/1999.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2227393-76.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.267)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RI-

Acesso ao Sumário

2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2205395-23.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, Órgão Especial, j. 20/04/2022.

3 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2182268-61.2018.8.26.0000, Rel. Des. Elcio Trujillo, Órgão Especial, j. 28/08/2019.

CARDO ANAFE (Presidente), 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, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES e RICARDO DIP.

São Paulo, 22 de novembro de 2023.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: ADI. Autor: Prefeito de Jundiaí. Objeto: Lei local n. 9.959, de 12/6/2023, de iniciativa de honorável integrante do Poder Legislativo municipal. Texto aquele que "prevê o fornecimento de máscaras nos estabelecimentos da rede municipal de saúde em que haja exigência de uso para adentramento" ('verbis'). Suposta afronta tanto à reserva legislativa do Prefeito como à separação dos poderes de Estado. Inocorrência. Atividade que está além dos limites postos n Tema 917/STF. A lei em questão cuida de tema de interesse geral da população local, atinente à proteção da vida, saúde e bem-estar dos frequentadores de estabelecimentos hospitalares, prontos socorros e postos de saúde da rede pública, nos exatos limites das atribuições conferidas aos municípios pelo art. 30, incisos I e VII, da Constituição Federal (contexto este possível de invocar eis que escorado no Tema 484/STF). Ação improcedente.

VOTO

1. Cuida-se de ADI em que autor o Sr. Prefeito de Jundiaí em face da Lei local n. 9.959, de 12/6/2023, de iniciativa de h. integrante da Câmara Municipal (vide fls. 33 e 55). Alega-se violação tanto dos preceitos que delineiam a separação dos poderes, como a reserva legislativa do Chefe da Administração, tudo, consoante apresentado pelo autor, em dissonância com os arts. 5º, 24, § 2º, n. 2, 47, incs. II, XIV e XIX cc 144 (simetria), todos da Constituição Estadual.

Este relator indeferiu a liminar (fls. 22/24).

A Edilidade defendeu a constitucionalidade do diploma (fls. 32/35, 53, 55 e 61). Citada, a PGE ficou silente (fl. 76). E a subprocuradoria-Geral de Justiça é pela improcedência da ação, confira-se as razões:

Acesso ao Sumário

"(...) Referida norma não padece de vício de inconstitucionalidade, pois não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade em normas municipais que dispõem sobre a proteção e defesa da saúde, sem se falar na inexistência de violação à iniciativa legislativa reservada ou à reserva da Administração.

Ora, da simples leitura da lei impugnada percebe-se que, ao determinar o fornecimento gratuito de máscaras pelos estabelecimentos municipais de saúde que exijam o seu uso, está legislando sobre proteção e defesa da saúde.

(...)

Nem se diga que a norma tangenciou o núcleo de reserva da Administração, ou seja, a direção superior das atividades administrativas; a organização e funcionamento da Administração; a atribuição de competências a órgãos do Poder Executivo sem geração de despesas; a prática de atos de Administração etc.

A matéria versada na lei impugnada, repito, trata de questão de saúde pública, voltada à proteção de pessoas que ingressam nos estabelecimentos municipais de saúde, cuja iniciativa é compartilhada pelos Poderes Executivo e Legislativo (...)" ('verbis').

É o relatório.

Voto n. 56.267

2. A Lei nº 9.959, de 12 de junho de 2023, do Município de Jundiaí, que "prevê o fornecimento de máscaras nos estabelecimentos da rede municipal de saúde em que haja exigência de uso para adentramento", de iniciativa parlamentar, conta com a seguinte redação ('verbis', fls. 2 e 72):

"Art. 1º. Os estabelecimentos da rede municipal de saúde que exigirem uso de máscara para adentramento fornecerão, gratuitamente, o item para quem não o possuir.

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

3. Em razão de argumentação apresentada pelo Sr. Prefeito, ao invocar a Lei Orgânica do Município a fl. 3, faço uma primeira observação: qualquer alegação fundada em norma infraconstitucional não merece cognição, tendo em vista ser "inviável a análise de outra norma municipal para aferição da alegada inconstitucionalidade da lei" (STF, AgR-RE 290.549-RJ, 1ª Turma, Ministro Dias Toffoli, 28-02-2012, DJe 29-03-2012). E "a pretensão de cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outra norma infraconstitucional não enseja ação direta de inconstitucionalidade" (STF, AgR-ADI 3.790-PR, Tribunal Pleno, Ministro Menezes Direito, 29-11-2007, DJe 01-02-2008).

Superado este ponto, seguindo adiante, destaco que, incontroversamente, a lei em discussão é sim de iniciativa parlamentar, confira-se a fls. 33 e 55.

4. Objetivamente [e aqui nossa segunda observação], sobredita lei não trata de qualquer circunstância orçamentária, pese não negarmos que o fornecimento das máscaras em repartições de saúde submetidas à autoridade da Ad-

Acesso ao Sumário

ministração de Jundiaí empenhará gastos com o respectivo fornecimento aos usuários. Contudo, este dado, 'per se', não basta para dar pela inconstitucionalidade do diploma. Respeitosamente, acerca de suposta falta de indicação de verbas correspondentes, "inclina-se a jurisprudência no STF no sentido de que a inobservância por determinada lei das mencionadas restrições constitucionais não induz à sua inconstitucionalidade, impedindo apenas a sua execução no exercício financeiro respectivo" (STF, ADI 1.585-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 19-12-1997, v.u., DJ 03-04-1998, p. 01). É conveniente outra vez assentar que se trata de um verdadeiro sofisma a alegação de que toda e qualquer lei que gere despesa só possa advir de projeto de autoria do Executivo. Com efeito, novamente o Supremo Tribunal Federal tem estimado que "não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em 'numerus clausus', no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo" (RT 866/112). Eventual ausência de recursos importa mera ineficácia no exercício.

5. As alegações de inconstitucionalidades estão expostas pelo e. Autor a fl. 2 ('verbis'): "(...) A inconstitucionalidade formal da lei municipal em foco decorre da ofensa à cláusula da separação de poderes, pois a Câmara de Vereadores, por iniciativa própria, passou a dirigir a atuação administrativa do Poder Executivo, violando o art. 2º da Constituição da República de 1988 e art. 5º, 'caput', da Constituição do Estado de São Paulo de 1989". Também a fl. 4 ('verbis'): "(...) o Supremo Tribunal Federal, resolvendo o Tema nº 917 da Repercussão Geral, fixou a tese de que não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, inc. II, "a", "c" e "e", da CF). A 'contrario sensu', portanto, uma iniciativa que trata das atribuições de órgãos executivos, prevendo os serviços públicos que executarão, é usurpadora das prerrogativas e responsabilidades do Prefeito". E por fim a fl. 5 ('verbis'): "(...) vislumbra-se que o Poder Legislativo está interferindo na organização administrativa e nas atribuições dos órgãos da administração pública municipal, haja vista que legislação vergastada transborda a competência do Legislativo ao ingressar na seara dos serviços públicos prestados pelo Executivo à população".

Respeitosamente, as experiências advindas da recente pandemia mundial (2019-2022) decorrente da infecção pelo coronavírus, passaram a recomendar medidas preventivas, especialmente em razão das dificuldades curativas, inviável olvidar dos milhares de mortos no período anterior à vacinação e até mesmo depois daquelas campanhas. A teleologia da presente lei está muito clara: prevenir recidiva, novas contaminações em série entre os cidadãos, especialmente em

Acesso ao Sumário

áreas de maiores riscos, como as repartições de saúde.

Nesta quadra peço licença para discordar do argumento de que a disponibilização de máscaras importaria "interferência na organização administrativa e nas atribuições dos órgãos da administração pública". Mais outra vez, como noutro caso trazido recentemente para conhecimento e julgamento por este Órgão Especial, aproveitamos o ensejo para repetir importante lição da Des. Márcia Barone, que restou acolhida pelo plenário (ADI 2235541-13.2022.8.26.0000, j. 30/8/2023): lá como cá, as leis impugnadas, em sua essência, envolvem matérias de política pública direcionada à saúde e, evidentemente não se tratam de temas cuja iniciativa legislativa é reservada ao Chefe do Executivo, ressaltando-se que o presente diploma não cria ou altera cargos, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos, tampouco incrementa despesas para o Município, como consignado no Tema 917 de repercussão geral alhures mencionado. Por outro lado, a norma em debate não afronta o princípio da reserva da Administração. Não se olvide 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 elencado no artigo 24, § 2º c.c. artigo 47, ambos da Constituição Estadual, referentes à direção geral da Administração, pode-se concluir que neste não está inserida matéria como a tratada na lei ora debatida, que **dispõe sobre o direito público fundamental à saúde**, "in casu", prevenção contra contaminação em ambientes hospitalares, prontos-socorros e postos de saúde, tema que se consubstancia em competência material comum entre os entes federados, nos exatos termos do artigo 24, inciso XII, ambos da Constituição Federal, certo que ao Município cabe legislar de forma suplementar para tratar de interesse local, como disposto no artigo 30, incisos I, II e VII da Constituição Federal.

A norma em comento tão-só estabelece que, ***se*** a repartição de saúde exigir uso de máscaras, a Administração deverá fornecê-las àqueles que delas não dispuserem e assim o farão gratuitamente. Ou seja, **o juízo de perigo é do próprio agente vinculado ao Poder Executivo**, de sorte que ele deverá agir com coerência, porque **não poderá adotar outro comportamento, como vedar o acesso para as pessoas necessitadas de estarem ali**. Como a Lei n. 9.959/2023 trata da consecução de programa ligado a direitos fundamentais, quais sejam, proteção à vida e saúde, os insumos correspondentes necessariamente estão contemplados nas respectivas leis orçamentárias.

Volto a dizer, a lei em questão cuida de tema de interesse geral da população local, atinente à preservação da vida, proteção da saúde e bem-estar dos frequentadores de estabelecimentos hospitalares, prontos-socorros e postos de saúde, nos exatos limites das atribuições conferidas aos municípios pelo art. 30, incisos I, II e VI, da Constituição Federal (contexto este possível de invocar eis

Acesso ao Sumário

que escorado no Tema 484/STF).

6. Dado o tema em discussão e a coerência em relação a meus pronunciamentos anteriores acerca da proteção da saúde dos munícipes (ADI n. 2172081-18.2023.8.26.0000, de Catanduva), **proponho que se julgue improcedente esta ADI**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2219050-91.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BENTO DE ABREU.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.810)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, 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, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 22 de novembro de 2023.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade em face da expressão *"sob a proteção de Deus, e"* dos artigos 137 e 154 da Resolução nº 03, de 22 de novembro de 1993, da Câmara Municipal de Bento de Abreu (Regimento Interno) – Violação aos princípios da liberdade religiosa e laicidade estatal bem como aos princípios da isonomia, finalidade e do interesse público – Ente público integrante de Estado laico que não pode manifestar filiação a determinada religião – Ofensa aos artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, da Constituição Federal e aos artigos 111 e 144 da Carta Bandeirante – Ação procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face das expressões *"sob a proteção de Deus, e"* dos arts. 137 e 154 da Resolução nº 03, de 22 de novembro de 1993, da Câmara Municipal de Bento de Abreu (Regimento Interno da Câmara Municipal), apontando violação ao artigo 19, inciso I, da Constituição Federal e artigos 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

Sustenta o requerente, em síntese, que os dispositivos vergastados contrariam o princípio da laicidade do Estado Brasileiro e da isonomia, não podendo o poder público criar preferência por determinada religião – *como a invocação à proteção de Deus nas sessões da Câmara* –, prestigiando, sem qualquer fundamento legítimo, determinadas pessoas em detrimento de outras, em ambiente em que a religião ou o credo não pode nem deve receber especial consideração, sobretudo de caráter institucional. Argumenta, outrossim, que o texto impugnado se aparta da neutralidade imposta pela ordem constitucional ao Poder Público dos diferentes entes federativos por expressar de modo institucional preferência a determinada crença, afrontando o artigo 19, inciso I, da Constituição Federal, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da Constituição Bandeirante, buscando, por isso, a procedência da ação direta.

Sem pedido de liminar, o feito foi processado.

A Câmara Municipal de Bento de Abreu prestou informações, argumentando que os atos normativos impugnados estão compreendidos na autonomia dos Municípios para legislar sobre matérias de interesse local e na competência da Casa Legislativa em elaborar, privativamente, seu regimento interno (arts. 30, inciso I, 27, § 3º, 51, inciso III, e 52, inciso XII, todos da CF/88), encontrando-se em plena vigência há aproximadamente 30 (trinta) anos sem qualquer questionamento. Argumenta, ainda, que as expressões hostilizadas não traduzem violação de liberdade de crença, estabelecimento de culto ou embaraço ao livre exercício de qualquer religião, impondo-se a improcedência da ação direta. Pleiteia, alternativamente, a modulação dos efeitos da decisão.

A Procuradoria Geral do Estado deixou transcorrer, *in albis*, o prazo para manifestação (cf. fl. 297).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, insistiu na procedência da ação (fls. 302/304).

É o relatório.

A ação é de ser julgada procedente.

Os textos impugnados, nos trechos que interessam à controvérsia, têm o seguinte teor:

> *"**Artigo 137** – O presidente, no horário previsto, determinará ao primeiro secretário a verificação dos vereadores presentes e, havendo o*

Acesso ao Sumário

'quorum' de um terço dos membros da Câmara, declarará aberta a Sessão, com os seguintes dizeres:

*"**SOB A PROTEÇÃO DE DEUS, E** EM NOME DO POVO BENTOABREUENSE, INICIAMOS OS TRABALHOS DESTA SESSÃO" (cf. fl. 260).*

*"**Artigo 154** – Não havendo mais orador para usar da palavra nas Explicações Pessoais ou no caso do Artigo anterior, o Presidente da Câmara já tendo organizado o rol de matéria que constará da Ordem do Dia da próxima Sessão, informá-lo-á aos Vereadores e, a seguir, encerrará a Sessão, com os seguintes dizeres:*

*"**Sob a proteção de Deus, e** em nome do povo de Bento de Abreu, encerramos os trabalhos desta sessão" (cf. fls. 262/263).*

Em que pese a autonomia dos Municípios para se auto-organizar e editar sua própria Lei Orgânica, assim como a prerrogativa da Câmara para dispor sobre seu Regimento Interno e Resoluções, a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual, em razão do princípio da simetria e da norma contida no artigo 144 da Carta Bandeirante.

Nesse particular, é oportuno ressaltar que a ação direta de inconstitucionalidade proposta perante o Tribunal de Justiça diz respeito a eventual afronta à Constituição Estadual, admitindo-se, porém, o controle de constitucionalidade com base em normas da Constituição Federal de observância obrigatória, ainda que não incorporadas expressamente ao ordenamento constitucional do respectivo Estado-membro, nos termos do entendimento sedimentado no julgamento do Tema 484 da repercussão geral:

> "Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Ação direta de inconstitucionalidade estadual. Parâmetro de controle. Regime de subsídio. Verba de representação, 13º salário e terço constitucional de férias. 1. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes" (STF, RE nº 650.898/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2017).

Pois bem.

Na hipótese, os dispositivos impugnados dispõem sobre a abertura e o fechamento das sessões na Câmara Municipal de Bento de Abreu com as frases *"sob a proteção de Deus, e em nome do povo Bentoabreuense, iniciamos os trabalhos desta sessão"* e *"sob a proteção de Deus, e em nome do povo de Bento de Abreu, encerramos os trabalhos desta sessão"*.

Com efeito, o Constituinte de 1988, reconheceu a pluralidade de crenças religiosas existentes no país bem como a importância da religião na vida de seus cidadãos, mas optou por proteger o Estado da influência sociopolítica e

Acesso ao Sumário

religiosa de igrejas, cultos e outros, posicionando-se de forma neutra sem apoiar e tampouco discriminar qualquer credo, adotando a laicidade como princípio destinado a manter rigorosa separação e autonomia entre política e religião.

Desse modo, o Município de Bento de Abreu, por se tratar de ente público integrante de Estado laico, não pode manifestar filiação a determinada religião em detrimento das inúmeras outras existentes sob pena de tolher de seus cidadãos o direito e a liberdade de escolher a orientação religiosa que melhor lhes aprouver ou mesmo de optar por se abster de professar qualquer tipo de crença.

Daí porque os atos normativos vergastados, ao determinarem a abertura e o fechamento das sessões plenárias com a expressão *"sob a proteção de Deus"* tipificam violação ao princípio de laicidade, decorrente da liberdade religiosa, malferindo, com isso, os artigos 5º, inciso VI e 19, inciso I, da Constituição Federal:

> "**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> (...)
>
> **VI –** é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias"
>
> (...)
>
> "**Art. 19**. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> **I –** estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público".

Embora não se desconheça que o dever de neutralidade do Estado não se confunde com a ideia de indiferença (STA 389 AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes), as normas objurgadas, a meu ver, traduzem nítido privilégio para determinada religião (cristã) em detrimento das demais que não se pautam nos ensinamentos bíblicos bem como daqueles que manifestam ausência de crença, o que ofende também o princípio da isonomia previsto no artigo 111 da Constituição Paulista:

> "**Artigo 111 –** A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência".

Paralelamente, os textos normativos impugnados configuram intervenção estatal na seara do direito à liberdade religiosa, sem qualquer justificativa constitucional, ofendendo também os princípios da finalidade e do interesse público na medida em que não acarretam qualquer benefício à coletividade.

Acesso ao Sumário

Destaco, a propósito, precedentes da lavra do C. Supremo Tribunal Federal:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. LEI 'PROMULGADA' N. 74/2010, DO AMAZONAS. OBRIGATORIEDADE DE MANUTENÇÃO DE EXEMPLAR DA BÍBLIA EM ESCOLAS E BIBLIOTECAS PÚBLICAS ESTADUAIS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, LIBERDADE RELIGIOSA E LAICIDADE ESTATAL. *CAPUT* DO ART. 5º E INC. I DO ART. 19 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. 1. É inconstitucional, por ofensa aos princípios da isonomia, da liberdade religiosa e da laicidade do Estado, norma que obrigue a manutenção de exemplar de determinado livro de cunho religioso em unidades escolares e bibliotecas públicas estaduais. Precedentes. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucionais os arts. 1º, 2º e 4º da Lei 'Promulgada' n. 74/2010 do Amazonas" (ADI nº 5.258/AM, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 13.04.2021).

"(...) Importa considerar que não é apenas a escolha de uma dada religião pelo estado que implica violação da neutralidade religiosa que dele se exige, mas também o tratamento diferenciado entre crenças ou seus símbolos. Todos os entes federados têm o dever de proteger o pluralismo religioso dentro de seu território; criar condições para um bom exercício da cidadania nessa seara; zelar pelo princípio da igualdade entre as crenças e, sobretudo, em seu dever de laicidade, se abster de incorporar ideologias religiosas a quaisquer de seus campos de atuação. Assim, nenhum ente da federação está autorizado a incorporar preceitos e concepções, seja da Bíblia ou de qualquer outro livro sagrado, a seu ordenamento jurídico" (...) (ADI nº 5.257/RO, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 20.09.2018).

No mesmo sentido, precedentes da lavra deste C. Órgão Especial:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Município de Holambra – Expressões 'sob a proteção de Deus' e 'sagrado' previstas no artigo 6º e do art. 139 da Resolução nº 236, de 25 de abril de 2022 – Laicidade estatal – Violação – Imposição de prestar tal juramento na câmara municipal que fere a neutralidade governamental e viola os princípios da isonomia e interesse público – Liberdade de religião não observada – Afronta aos artigos 5º, inciso VI e 19, inciso I da Constituição Federal, bem como aos artigos 111 e 144 da Constituição Bandeirante – Inconstitucionalidade das expressões 'sob a proteção de Deus e 'sagrado reconhecida – Ação julgada procedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2004314-52.2023.8.26.0000, Relator Desembargador Ademir Benedito, j. 21/06/2023).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO 'E AO SEGUNDO SECRETÁRIO PARA QUE FAÇA A LEITURA BÍBLICA' CONSTANTE DO ART. 121 *CAPUT*, DA RESOLUÇÃO N. 16, DE 19 DE

Acesso ao Sumário

NOVEMBRO DE 1993, DO MUNICÍPIO DE PIRACICABA (REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL). AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LAICIDADE DO ESTADO. COROLÁRIO DA LIBERDADE RELIGIOSA. O Poder Público deve se manter neutro em relação às diferentes denominações e crenças religiosas. Lei que determina a leitura da Bíblia no início das sessões da Câmara Municipal, em ofensa ao princípio da laicidade estatal, decorrente da liberdade religiosa (artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal), e ao artigo 19, inciso I, da Constituição da República. Violação, ademais, a princípios constitucionais da Administração Pública, mormente os da isonomia e do interesse público. Ação julgada procedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2060503-84.2022.8.26.0000, Relator Desembargador Moacir Peres, j. 06/09/2022).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questionamento de validade da Resolução n. 10, de 03 de agosto de 2021, da Câmara Municipal de Araras, que altera o § 7º, do artigo 174 do Regimento Interno da Câmara Municipal, e dispõe sobre a permanência da Bíblia sagrada sobre a mesa da Presidência e a leitura de trecho bíblico no início dos trabalhos do legislativo. Alegação de que a preferência por determinada religião na abertura dos trabalhos legislativos afronta a laicidade estatal. Reconhecimento. Norma impugnada que viola o dever de neutralidade estatal imposto pelo artigo 19, inciso I, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade manifesta, inclusive em relação à redação anterior do dispositivo (conferida pela Resolução n. 07/2021), que também previa a leitura de texto bíblico durante o início dos trabalhos legislativos. Hipótese de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento, conforme tem admitido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 1.144-RS, Rel. Min. Eros Grau, DJU 08/09/2006). É que em face declaração de inconstitucionalidade da Resolução 10/2021, e em decorrência do efeito repristinatório, a Resolução 07/2021, retomaria validade (indesejada), com os mesmos vícios, ou seja, com afronta à disposição do artigo 19, inciso I, da Constituição Federal. É importante considerar, sob esse aspecto, que as regras sobre organização político-administrativa (contidas no Título III, Capítulo I, da Constituição da República), inclusive aquela do artigo 19 (referente à laicidade estatal), traduzem verdadeiro instrumento de calibração do pacto federativo. Vale dizer, como normas centrais da Constituição Federal, 'reproduzidas, ou não' na Constituição Estadual, 'incidirão sobre a ordem local', por força do princípio da simetria, a fim de conservar o modelo federalista e os padrões estruturantes do Estado, daí a possibilidade de utilização de dispositivos dessa natureza (centrais e estruturantes) no controle abstrato de normas municipais com base na norma remissiva do artigo 144 da Constituição Estadual. Ação julgada procedente". (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2205395-23.2021.8.26.0000, Relator Desembargador Ferreira Rodrigues, j. 20/04/2022).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questionamen-

Acesso ao Sumário

to de validade do 'caput' e § 2º do artigo 140 da Resolução n. 105, de 05 de maio de 2010, da Câmara Municipal de Itapecerica da Serra, na redação conferida pela Resolução n. 131, de 14 de outubro de 2015, que dispõem, respectivamente (a) que o Presidente da Câmara Municipal 'solicitará ao primeiro Secretário a leitura de um versículo de um dos Livros da Bíblia Sagrada' (*caput*); e (b) que 'após a leitura do texto sagrado, o Presidente invocará a proteção de Deus sobre os trabalhos a serem realizados' (§ 2º). Impugnação, ainda, da expressão 'antes da leitura de um versículo de um dos livros da Bíblia Sagrada', constante do § 1º do mesmo artigo 140. Pedido extensivo à versão original do dispositivo, que continha a mesma redação no caput, e que descrevia o atual § 2º (acima mencionado) no parágrafo único (daquela versão anterior), a fim de evitar efeitos repristinatórios. Alegação de que a preferência por determinada religião na abertura dos trabalhos legislativos afronta a laicidade estatal. Reconhecimento. Norma que viola o dever de neutralidade estatal imposto pelo artigo 19, inciso I, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade manifesta. Posicionamento alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido (a) de que 'a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais' (ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012); (b) de que 'nenhum ente da federação está autorizado a incorporar preceitos e concepções, seja da Bíblia ou de qualquer outro livro sagrado, a seu ordenamento jurídico' (ADI 5257/RO, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 20/09/2018); e (d) de que 'ao conter predileção por uma orientação religiosa a norma atacada quebra não apenas o dever de neutralidade estatal, como também viola liberdade religiosa e de crença dos demais integrantes...que não professam a mesma fé' (ADI n. 3478/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, j. 20/12/2019). É importante considerar, sob esse aspecto, que as regras sobre organização político-administrativa (contidas no Título III, Capítulo I, da Constituição da República), inclusive aquela do artigo 19 (referente à laicidade estatal), traduzem verdadeiro instrumento de calibração do pacto federativo. Vale dizer, como normas centrais da Constituição Federal, 'reproduzidas, ou não' na Constituição Estadual, 'incidirão sobre a ordem local', por força do princípio da simetria, a fim de conservar o modelo federalista e os padrões estruturantes do Estado, daí a possibilidade de utilização de dispositivos dessa natureza (centrais e estruturantes) no controle abstrato de normas municipais com base na norma remissiva do artigo 144 da Constituição Estadual. Ação julgada procedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2030657-56.2021.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 06/10/2021 – grifei).

''Ação Direta de Inconstitucionalidade. Município de Taquaritinga. Lei Municipal nº 4.556, de 27 de novembro de 2018, que dispõe sobre a leitura e disponibilidade da Bíblia nas escolas públicas e privadas do Município de Taquaritinga. 1) Norma de iniciativa parlamentar. Legislação que, ao estabelecer obrigações ao Executivo e a seus servidores,

Acesso ao Sumário

> interfere na gestão Administrativa do Município. Desrespeito ao princípio da Reserva da Administração e, como consequência, ao princípio da Separação dos Poderes. Inteligência dos artigos 5º e 47, incisos II, XI e XIV, ambos da Carta Paulista, aplicáveis ao Município, por força do artigo 144 da mesma Carta. 2) Matéria disposta na norma que caracteriza subvenção do Estado à religião cristã. Afronta à laicidade do Estado e aos princípios da igualdade, finalidade e interesse público. Inteligência dos artigos 5º, caput, e art. 19, inc. I, ambos da Constituição Federal, aplicáveis ao Município, por força do artigo 144 da Constituição Estadual, bem como do art. 111 da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade declarada. Ação direta julgada procedente, com efeito *ex tunc*. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2219902-57.2019.8.26.0000, Relatora Desembargadora Cristina Zucchi, j. 04/06/2020).

Por fim, importante consignar que a vigência prolongada dos dispositivos impugnados não conduz à sua convalidação, já que o vício de inconstitucionalidade é suficientemente grave para que sobre ele não recaia decadência, nem prescrição.

Em outras palavras, *"... a situação de flagrante inconstitucionalidade não pode ser amparada em razão do decurso do tempo ou da existência de leis locais que, supostamente, agasalham a pretensão de perpetuação do ilícito. 5. A inconstitucionalidade prima facie evidente impede que se consolide o ato administrativo acoimado desse gravoso vício em função da decadência. (...) Consectariamente, a edição de leis de ocasião para a preservação de situações notoriamente inconstitucionais, ainda que subsistam por longo período de tempo, não ostentam o caráter de base da confiança a legitimar a incidência do princípio da proteção da confiança e, muito menos, terão o condão de restringir o poder da Administração de rever seus atos"* (MS nº 26.860/DF, Relator Ministro Luiz Fux).

Configurada, portanto, afronta aos artigos 5º, inciso VI e 19, inciso I, da Constituição Federal e aos artigos 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, ante a inobservância da laicidade estatal, da liberdade religiosa bem como ofensa aos princípios da isonomia, finalidade e interesse público, o decreto de procedência desta ação direta é medida de rigor.

Acesso ao Sumário

De resto, não vislumbro razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas impugnadas, devendo prevalecer a eficácia retroativa do julgado, que é a regra geral no ordenamento constitucional brasileiro.

Pelo exposto, por esses fundamentos, julgo procedente a presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade das expressões *"sob a proteção de Deus, e"*, constantes dos artigos 137 e 154 da Resolução nº 03, de 22 de novembro de 1993, da Câmara Municipal de Bento de Abreu (Regimento Interno),

com efeito *ex tunc*, comunicando-se oportunamente à Câmara Municipal, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/99.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2089098-59.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor ASSOCIAÇÃO COMERCIAL E EMPRESARIAL DE CATANDUVA, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.924)**

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, GUILHERME G. STRENGER, 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, 22 de novembro de 2023.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 5.906, de 2017, do Município de Catanduva, que "estabelece o horário de funcionamento livre para o exercício de atividades econômicas no Município de Catanduva e dá outras providências.". Matéria restrita ao interesse local (artigo 30, inciso I da Constituição Federal), em harmonia com a Súmula Vinculante 38 do Supremo Tribunal Federal. Norma que dispõe sobre dever de observância da legislação trabalhista e dos acordos e convenções coletivas de trabalho, nos termos do artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, sem usurpar a competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho. Ação julgada improcedente, revogada a medida deferida "initio li-

tis".

VOTO

I. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pela ASSOCIAÇÃO COMERCIAL E EMPRESARIAL DE CATANDUVA, colimando a declaração de inconstitucionalidade material do inciso II do artigo 3º da Lei nº 5.906, de 2017, do Município de Catanduva, dispositivo a seguir reproduzido:

"Artigo 3º. A permissão para o horário de funcionamento livre descrita no artigo 1º, de forma nenhuma desobriga a observância:

I – da legislação trabalhista, inclusive, com relação à jornada máxima de trabalho vigente;

II – **das Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho**."

Nas razões (fls. 01/17), assevera em síntese: a) a matéria tratada na presente ação é idêntica à do processo nº 2284131-55.2021.8.26.0000, ajuizada pela Associação Comercial e Empresarial de São José do Rio Preto, e na qual foi declarada a inconstitucionalidade da expressão "convenções e acordos coletivos registrados junto ao órgão competente", contida em diploma legal daquele município; b) *"tem legitimidade estatutária para defender os direitos e interesses das categorias empresariais ou outras compreendidas no quadro associativo, inclusive nas esferas judiciais ou administrativas"* (textual – fls. 02), daí seu interesse jurídico, previsto no artigo 90, inciso V, da Constituição Estadual; c) o dispositivo legal impugnado não poderia ter sido veiculado por lei municipal, uma vez que é da competência privativa da União legislar sobre Direito do Trabalho, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, além de limitar o livre exercício da atividade econômica (artigo 170, § único, CF); d) o entendimento esposado na Súmula Vinculante 38 do Supremo Tribunal Federal *"não se presta a validar normas municipais que extrapolem questões de interesse local, a exemplo do dispositivo impugnado por meio da presente ADI, que trata de questões de natureza eminentemente trabalhistas. Desse modo, não se deve aceitar o argumento de que investido de competência para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial, o Município, alfim e ao cabo possa condicionar à obtenção do licenciamento extraordinário ou qualquer outro de funcionamento dos estabelecimentos, à obediência das convenções e acordos coletivos aplicáveis a cada setor, porque não é assunto que diz respeito ao seu interesse local."* (fls. 09); e) a norma ora combatida afronta a Lei Federal nº 13.874/2019 ("Lei de Liberdade Econômica"), bem assim os princípios da proporcionalidade e razoabilidade; f) *"o condicionamento do livre exercício do trabalho aos acordos e convenções coletivas do trabalho importa, alfim e ao cabo, em verdadeiro embaraço e impedimento da efetiva realização de princípios constitucionais da livre iniciativa, liberdade econômica, erradicação da pobreza e redução das desigualdades e a própria dignidade da pessoa huma-*

Acesso ao Sumário

na." (fls. 12). Afirma afronta aos artigos 1º, 111 e 144, todos da Constituição Estadual, requerendo, assim, a concessão de liminar, e, a final, a procedência da ação, para ser declarada a inconstitucionalidade do inciso II do artigo 3º da Lei nº 5.906. de 15 de dezembro de 2017, do Município de Catanduva.

A r. decisão de fls. 164/167 deferiu a medida liminar, para *"suspender a eficácia do inciso II do art. 3º da Lei 5.906/17 do Município de Catanduva, até julgamento desta ação ou reexame do tema."*.

Sobreveio nova petição da Associação requerente, asseverando que a liminar estava sendo descumprida, e pleiteando a intimação de diversas entidades sindicais, de trabalhadores e patronais, para que tomassem ciência da medida e lhe dessem cumprimento (fls. 176 e s.s.).

Ingressou nos autos, também, o Município de Catanduva, pleiteando a revogação da liminar, e ainda, subsidiariamente, a extinção do processo sem resolução do mérito ou o decreto de improcedência da presente ação (fls. 192 e s.s.).

A decisão de fls. 211/213 indeferiu o pleito da autora e não conheceu do requerimento formulado pelo Município de Catanduva.

O Sr. Prefeito Municipal de Catanduva prestou informações (fls. 220/233), aduzindo, preliminarmente: a) inexistência de pertinência temática com a finalidade institucional da autora, inclusive porque cabe ao Sincomércio a defesa dos comerciantes, bem assim inexistência no estatuto da autora de *"qualquer alternativa de via de representação de inconstitucionalidade."* (fls. 223); b) a reconsideração da decisão concessiva da liminar, porque ausente o perigo da demora, já que a norma impugnada entrou em vigor no ano de 2017. Quanto ao mérito, assevera, em suma: a) *"Em nenhum momento o art. 3º condiciona o horário de funcionamento do comércio a previsão em acordo ou convenção coletiva, mas apenas ao respeito à legislação trabalhista, que compreende acordos e convenções coletivas (exigência esta que, inclusive, consta expressamente do art. 3º, II, 'c', da Lei de Liberdade Econômica)."* (fls. 226); b) não houve usurpação da competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, porquanto o dispositivo legal objurgado não *"adentra em quais cláusulas constarão do acordo ou convenção coletiva, muito menos delineia que o horário de funcionamento do empreendimento constará do referido instrumento trabalhista. A observância e o respeito às normas trabalhistas decorrem do próprio texto constitucional (art. 7º a 11); a competência dos Municípios para legislar sobre o horário de funcionamento do comércio está há muito consolidada na Súmula Vinculante nº 38, de modo que o teor do inciso II do art. 3º configura tão somente limite objetivo para a fiscalização do cumprimento de posturas municipais por parte do comércio local, no legítimo exercício da competência prevista na Súmula."* (fls. 226/227); c) nos termos do § 1º do artigo 3º da Lei Federal nº 12.790/2013, somente é possível a alteração da jornada de trabalho, que é de 8 horas diárias e 44 horas semanais, mediante convenção coletiva ou

Acesso ao Sumário

acordo coletivo de trabalho; d) *"O fato de a lei municipal fazer menção a observância das condições previstas nos instrumentos coletivos de trabalho não atenta os ditames constitucionais, visto que a Constituição Federal assegura os direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais, notadamente aqueles que visem a melhoria de sua condição social, consoante dispõe o inciso XIII do art. 7º."* (fls. 231).

A Procuradoria Geral do Estado, conquanto intimada, quedou inerte (cf. certidão de fls. 237).

O Sr. Presidente da Câmara Municipal de Catanduva, de seu turno, arguiu as mesmas matérias preliminares deduzidas pelo Sr. Prefeito Municipal. Quanto ao mais, também defendeu a higidez do diploma legal, afirmando em suma a inexistência de afronta à competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, sendo o Município competente para legislar sobre assunto de interesse local, como a matéria veiculada no diploma legal questionado, nos termos do inciso I do artigo 30 da Constituição Federal, e no artigo 13, inciso I, da Lei Orgânica Municipal.

A Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 249/254, opinou pela improcedência da ação. Este, em síntese, o relatório.

II. Entende-se improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Afasta-se, inicialmente, a arguição relativa à ausência de pertinência temática com a finalidade institucional da autora, pois, para consecução de seus fins, ela pode representar *"o comércio e a indústria junto aos poderes públicos propondo medidas de interesse geral ao quadro associativo;"*, nos termos da alínea "f" do artigo 6º de seu Estatuto Social (fls. 31). Admissível o reconhecimento da legitimação ativa.

Questiona-se a constitucionalidade material do inciso II do artigo 3º da Lei nº 5.906, de 15 de dezembro de 2017, do Município de Catanduva, que *"estabelece o horário de funcionamento livre para o exercício de atividades econômicas no Município de Catanduva e dá outras providências."* (textual – fls. 70).

Reproduz-se o texto integral da lei questionada (fls. 70):

"AFONSO MACCHIONE NETO, Prefeito do Município de Catanduva, Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, sanciono e promulga a seguinte Lei, aprovado pela Câmara Municipal, em sua sessão de 13 de dezembro de 2017, conforme Resolução nº 7.009.

Art. 1º Em consonância com o inciso IV, do artigo 1º, cc inciso XIII, do artigo 5º, ambos da Constituição Federal, fica estabelecido o horário de funcionamento livre para os estabelecimentos empresariais, bem como para todas as pessoas que venham exercer qualquer atividade econômica ou ocupação no Município de Catanduva.

§ 1º A permissão expressa contida no caput não dispensa a obrigação

Acesso ao Sumário

legal de atualização cadastral, obtenção de licenças, inclusive, com o horário de funcionamento.

§ 2º O interessado deverá solicitar prorrogação do horário de funcionamento de acordo com o previsto no artigo 136, da Lei Complementar nº 0098, de 23 de dezembro de 1998.

§ 3º A permissão expressa contida no caput não desobriga o cumprimento de outras disposições do Plano Diretor, das demais normas vigentes sobre o uso e ocupação do solo urbano e posturas municipais.

Art. 2º Nos termos da legislação vigente, a perturbação da paz e do sossego público são contravenções penais, punidas nas formas da Lei.

Art. 3º A permissão para o horário de funcionamento livre descrita no artigo 1º, de forma nenhuma desobriga a observância:

I – da legislação trabalhista, inclusive, com relação à jornada máxima de trabalho vigente;

II – das Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho.

Art. 4º Esta Lei entrará em vigor na dota de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, em especial as Leis nº 1.536, de 06 de outubro de 1976, nº 1936, de 06 de junho de 1983, nº 2.347, de 15 de julho de 1.987, nº 3.066, de 23 de setembro de 1.994, nº 3.495, de 03 de março de 1.999 e nº 3.530, de 10 de maio de 1.999."

Segundo a inicial, o diploma usurpa competência privativa da União ao tratar de tema afeto ao Direito do Trabalho (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal), além de afrontar os artigos 1º, 111 e 144, todos da Constituição Estadual, dispositivos do seguinte teor:

"Artigo 1º – O Estado de São Paulo, integrante da República Federativa do Brasil, exerce as competências que não lhe são vedadas pela Constituição Federal."

"Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência. (NR)"

"Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."

Diversamente do afirmado pela autora, a matéria abordada na lei municipal impugnada não está dentre aquelas reservadas privativamente à União. Ao revés, tão só determina sejam observados as convenções e acordos coletivos de trabalho, nos termos do artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal (***"XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;"***), incidentes sobre as relações trabalhistas. É o que se contém nos dois incisos do artigo 3º do referido diploma legal. E não chega a ser de todo compreensível a

Acesso ao Sumário

assertiva de que somente o inciso II seria eivado de inconstitucionalidade, tanto que, como visto, ambos determinam a observância das normas do Direito do Trabalho.

Não se trata, assim, de abalançar-se o Município a legislar sobre Direito do Trabalho, tampouco de se atribuir a entidades sindicais de trabalhadores poderes para definição do horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais representados pela autora. Cuida-se de lei municipal que determina a observância das normas atinentes ao direito do trabalho, conforme dispõe a Constituição Federal. Nada além disso.

Não se avista violação da competência privativa da União, também na medida em que a Constituição Federal assegura autonomia política-administrativa a todos os entes federados, competindo-lhe a organização de sua estrutura funcional a fim do exercer sua atividade estatal, o que inclui a autonomia legislativa balizada pelos artigos 1º, 18, 29 e 30 da Constituição Federal e também pelo artigo 144 da Constituição Federal (***"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"***).

O artigo 30 da Constituição Federal assim dispõe:

"Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;"

A propósito da competência para legislar sobre assuntos de interesse local, ALEXANDRE DE MORAES assinala: ***"Apesar de difícil conceituação, interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois, como afirmado por Fernanda Dias Menezes, 'é inegável que mesmo atividades e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional'. Dessa forma, salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante (princípio da predominância do interesse)"*** ("Direito Constitucional", 27ª ed., Ed. Atlas, pp. 328-329)

E, segundo a Súmula Vinculante nº 38, do Supremo Tribunal Federal, os municípios detêm competência legislativa para dispor sobre o horário de funcionamento do comércio local ("***É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.***"). Desse modo, o dispositivo legal impugnado está em perfeita consonância com tal entendimento.

Em relação à subsunção da espécie ao quanto decidido por este Órgão Es-

pecial na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2284131-55.2021.8.26.0000, sem razão a autora. Naquela ação, o Município foi investido de poder de polícia de fiscalização não previsto na legislação trabalhista, de maneira que a lei ali impugnada era, de fato, inconstitucional. Segue excerto do julgado:

"Atribuir ao Município inspeção naqueles estabelecimentos para verificação das respectivas jornadas de trabalho, avaliando o que eventualmente seria uma suposta contraposição em relação às convenções trabalhistas e acordos coletivos registrados nos órgãos competentes, é grave desatendimento expresso do quanto posto no artigo 21, XXIV da Constituição Federal. O artigo 69 da CLT deixa exposta a supremacia da norma especial de cunho trabalhista em relação ao direito local.

Como também revela desobediência ao sistema a inserção, em norma local, da atribuição de conferir turnos de trabalho fixos. Isso importa ingressar porta adentro no âmbito reservado ao Direito do Trabalho, que, por sinal, já regula o ponto, despicienda nova capitulação em dispositivo municipal, o que está acarretando confusão interpretativa, a ponto de eventualmente causar falsa antinomia de normas. A propósito, mesmo entendimento foi defendido pelo Sr. Prefeito, que pugnou pela procedência desta ação quando do seu pronunciamento de fls. 283/285." (Órgão Especial, Direta de Inconstitucionalidade nº 2284131-55.2021.8.26.0000, Rel. o Des. COSTABILE E SOLIMENE, j. em 3.08.2022).

Por fim, cumpre adotar adicionalmente como "ratio decidendi" as considerações expostas no parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça:

"A lei impugnada adota horário livre de funcionamento empresarial (art. 1º) e a ressalva do art. 3º preserva a competência da União para legislar sobre Direito do Trabalho, até porque foi textualmente determinada a observância da legislação trabalhista.

Admitir-se a inconstitucionalidade do inciso II do art. 3º implicaria também, pelo mesmo fundamento, dizer que a inconstitucionalidade atingiria também o inciso I, pois, enquanto o inciso I determina a observância da legislação trabalhista, o inciso II determina a observância das convenções ou acordos coletivos de trabalho, reconhecidos por força de dispositivo constitucional (art. 7º, XXVI da Constituição Federal).

Portanto, ao contrário do alegado na petição inicial (fl. 03), a norma não permite que entidades de classe determinem o horário de funcionamento de atividades empresariais no município de Catanduva, já que eventual influência nesse aspecto não ocorre por força da lei municipal, que apenas remete à observância de acordos e convenções, mas por disposição constitucional, como acima explicitado. A autora acaba por admitir isso na inicial, quando afirma (fl. 08):

"A pretexto de exercer sua competência quanto à fixação de horários de

Acesso ao Sumário

funcionamento, o legislador nada fixou, limitando-se a fazer remissão a princípios genéricos, mas concretamente exigindo dos destinatários da norma o cumprimento de obrigações que já se inserem no campo de responsabilidade dos empregadores em geral."

E não havendo restrição pela norma municipal, que apenas remete à observância de norma constitucional (art. 7º, XXVI), não há que se falar em ofensa ao princípio da função social da empresa.

A argumentação da inicial está ainda calcada na impossibilidade de fiscalização pelo Município do cumprimento de normas trabalhistas (fl. 08), situação que é objeto do precedente citado (analisado abaixo), mas, totalmente alheia à norma impugnada.

O precedente desse Órgão Especial citado na inicial não se aplica ao caso concreto.

(...)

Como se percebe com facilidade, naquele caso foi instituído ao Município o indevido exercício de poder de polícia que só poderia ser exercido mediante previsão em legislação trabalhista, em flagrante invasão da competência normativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho.

Nenhuma semelhança tem o precedente mencionado com o caso dos autos, que, ademais, demonstra harmonia da lei com a Súmula Vinculante 38." (textual – fls. 252/254).

Assim, verificada a compatibilidade do inciso II do artigo 3º da Lei nº 5.906, de 2017, do Município de Catanduva, com a Constituição do Estado de São Paulo e a Constituição Federal, julga-se improcedente a presente ação, revogada a liminar concedida a fls. 164/167.

III. Pelo exposto, julgam improcedente a presente ação, revogada a liminar deferida a fls. 164/167.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3001929-17.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RESTINGA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RESTINGA.

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 61.828)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICAR-

DO ANAFE (Presidente), 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, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 6 de dezembro de 2023.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 1º A 9º E 13 A 28 DA LEI DO MUNICÍPIO DE RESTINGA 1.989/2018 (DE 7-3), RESOLUÇÃO DA CÂMARA LOCAL DE VEREADORES 173/2017 (DE 18-4), LEI LOCAL 2.026/2018 (RESSALVADOS OS INCISOS V E VI DO ART. 2º, E ANEXOS I, II E III) E A EXPRESSÃO "PROCURADOR JURÍDICO LEGISLATIVO", PREVISTA NO O ANEXO I DA LEI MUNICIPAL 2.026/2018. REVOGAÇÃO. PERDA DE OBJETO DA DEMANDA.
Uma vez que, com sua revogação, a normativa impugnada suprimiu-se da ordem jurídica positiva, não subsistem, por seu manifesto prejuízo, o objeto e o correlato interesse de agir da pretensão supressória desfiada no processo de declaração de sua inconstitucionalidade.
Extinção da ação direta de inconstitucionalidade, sem julgamento de mérito.

RELATÓRIO:

Versam os autos ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, com o objetivo de declarar-se a incompatibilidade vertical das normas dos arts. 1º a 9 º e 13 a 28 da Lei do Município de Restinga 1.989/2018 (de 7-3) e da Resolução da Câmara local de Vereadores 173/2017 (de 18-4).

Sustenta o autor, em resumo, que os dispositivos ora impugnados da Lei restinguense 1.989/2018 tratam da criação de órgão, cargo e estabelece as respectivas atribuições no âmbito do Poder legislativo local, temas que deveriam ser veiculados por meio de resolução da Câmara municipal de Restinga. Argumenta que o art. 15 dessa Lei 1.989 equipara os vencimentos do cargo de

Acesso ao Sumário

Procurador Jurídico Legislativo com os do cargo de Procurador Jurídico do Município, em afronta ao texto constitucional. Argui que o art. 17 da mesma lei estabelece, de forma genérica, a possibilidade de contratação de serviços técnicos profissionais para atuar em processos administrativos e judiciais, com caráter substituinte do procurador jurídico legislativo em suas licenças e afastamentos ou em casos de impedimentos e suspeição, sem prever, contudo, a necessidade de a contratação observar as regras de licitação, notadamente para moldar-se às hipóteses de inexigibilidade, dispensa ou dispensabilidade de certame, matéria que é da competência privativa da União.

No que tange com a Resolução 173/2017 da Câmara Municipal de Restinga, que trata de conceder-se revisão salarial de vencimentos dos cargos em comissão e cargos efetivos da Câmara Municipal, argumenta o requerente que há nela vício de inconstitucionalidade formal, porque a temática demanda lei em sentido estrito, de iniciativa do poder legislativo.

O pleito ampara-se em apontada violação das normas dos arts. 5º, 20, incisos III, 115, inciso XV, e 117 da Constituição estadual de São Paulo, aplicáveis aos municípios paulistas por força de seu art. 144.

Transcorreu *in albis* o prazo para manifestação da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (*e*-pág. 302).

O Presidente da Câmara Municipal de Restinga e a Prefeita do Município de Restinga prestaram informações (*e*-págs. 309-16 e 357-63).

O Procurador-Geral de Justiça, diante de apontada revogação do art. 15 da Lei local 1.989/2018 e da Resolução 173/2017 – noticiada pelos requeridos –, postulou o aditamento da petição inicial (*e*-págs. 408-21), o que se deferiu para incluir como objeto da presente a Lei local 2.026/2018 (ressalvados os incisos V e VI do art. 2º, e Anexos I , II e III) e, mediante arrastamento, a expressão "Procurador Jurídico Legislativo", prevista no Anexo I da Lei municipal 2.026/2018 (*e*-págs. 423-7).

O Presidente da Câmara municipal informou a edição das Resoluções 188/2023 (de 19-9) e 189/2023 (de 3-10), ambas da Câmara Municipal de Restinga, bem como da Lei local 2.253/2023 (de 9-10) (*e*-págs. 438-95).

A digna Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela extinção do processo (*e*-págs. 498-501).

É o relatório do necessário.

VOTO:

1. Demanda direta de inconstitucionalidade com impugnação dos arts. 1º a 9º e 13 a 28 da Lei do Município de Restinga 1.989/2018 (de 7-3), da Resolução da Câmara local de Vereadores 173/2017 (de 18-4), da Lei local 2.026/2018 (ressalvados os incisos V e VI do art. 2º, e Anexos I, II e III) e da expressão "Procurador Jurídico Legislativo", prevista no Anexo I da Lei municipal 2.026/2018

Promulgaram-se normas locais revocatórias desses atos normativos: **as**

Acesso ao Sumário

Resoluções 188/2023 (de 19-9) e 189/2023 (de 3-10), ambas da Câmara Municipal de Restinga, e a Lei local 2.253/2023 (de 9-10).

2. Uma vez que, com sua revogação, as normas confrontadas suprimiram-se da ordem jurídica positiva, não subsistem, por seu manifesto prejuízo, o objeto e o correlato interesse de agir da pretensão supressória desfiada no processo de declaração de sua inconstitucionalidade.

Assim o tem decidido este Órgão Especial (p.ex., ADI 2212399-77.2022, j. 18-10-2023, Rel. Des. TASSO DUARTE DE MELO; ADI 2118536-33.2023, j. 6-9-2023, Rel. Des. XAVIER DE AQUINO; ADI 2089136-71.2023, j. 3-8-2023, Rel. Des. EVARISTO DOS SANTOS).

Isso, pleiteou-o, ao fim, a digna Procuradoria-Geral de Justiça, inclusive.

Finalmente, fortuitos consequentes do período em que os atos normativos objeto tiveram eficácia deverão apreciar-se e decidir-se em eventuais processos subjetivos.

POSTO ISSO, pelo meu voto, sugiro julgar-se extinta a presente ação, sem julgamento de mérito, com fundamento nas regras dos arts. 485, inciso VI, e 493 do Código de processo civil.

É como voto.

Ações Penais/Procedimentos Ordinários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Penal – Procedimento Ordinário nº 2271918-27.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus R.S.L. (PROMOTOR DE JUSTIÇA), A.M.G. e V.O.S.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR VOTAÇÃO UNÂNIME, JULGARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE QUANTO AO RÉU R.S.L. E REJEITARAM AS PRELIMINARES; E, POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, ABSOLVENDO OS CORRÉUS A.M.G. E V.O.S. DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO, ABSOLVENDO, IGUALMENTE, O CORRÉU A.M.G. DO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA, CONDENANDO, A SEU TURNO, V.O.S. PELO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, ORA DESIGNADO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. TORRES DE CARVALHO. MANTIDOS OS DEMAIS VOTOS E DECLARAÇÕES PROFERIDOS NO JULGAMENTO OCORRIDO NA SESSÃO DE 27/01/2021.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AP-0001/21)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO, vencedor, ÁLVARO PASSOS, vencido, RICARDO ANAFE (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, LUIS SOARES DE MELLO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, MOREIRA VIEGAS, LUIZ ANTONIO DE GODOY, ARTUR MARQUES e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 18 de outubro de 2023.

TORRES DE CARVALHO, Relator Designado

Ementa: AÇÃO PENAL. Corrupção ativa e passiva. Lavagem de dinheiro. Crimes praticados por Promotor de Justiça, à época atuando na Promotoria de Justiça de Direito do Consumidor, e a advogados vinculados a inquérito civil que tramitava no órgão ministerial, tratando de práticas abusivas de venda casada nas lojas da rede da empresa que representavam.

1. Preliminares. As preliminares de incompetência do órgão julgador e de nulidade de provas, suscitadas pelos corréus, ficam afastadas. De fato, mesmo após o óbito do Promotor, o processo não deve ser remetido às varas comuns; a competência foi fixada quando do ajuizamento da ação, o que justificava o julgamento perante o Órgão Especial, conforme jurisprudência assentada. Da mesma forma, as provas obtidas junto ao COAF não padecem de nulidade, na medida em que houve autorização judicial e a hipótese não se enquadra no Tema STF nº 990. –

2. R.S. O réu faleceu antes do julgamento e sua punibilidade está extinta, nos termos do art. 107 inciso I do Código Penal.

3. V.O.S. V. admite ter recebido R$-1.200.000,00 por serviços prestados à Nova Casas Bahia em 31-12-2011 e ter repassado R$-428.200,00 a R.S. em três parcelas em janeiro de 2012. Ao tempo do pagamento V. era advogado e, nessa condição, negociava com o promotor um TAC de interesse da empresa contratante. Essa circunstância, por si só, leva à imputação de

Acesso ao Sumário

corrupção feita na denúncia. Não vi caracterizada a lavagem de dinheiro. A lavagem se caracteriza pela ilegalidade anterior e pela ocultação ou dissimulação subsequente, aqui não entrevista, pois o dinheiro foi regularmente recebido por V., que prestava serviços à empresa, e não foi dissimulado nem oculto. Os depoimentos deixam certo que o pagamento em dinheiro foi feito a pedido de R.S., sem demonstração do interesse de V. no destino dado ao numerário e seria desnecessário rigor ver nesse detalhe a 'contribuição, por qualquer meio' indicada no art. 29 do Código Penal, a atrair para si também este outro delito. Apenas pela corrupção ativa deve o réu ser condenado. –

4. A.M.G. Os autos não versam a responsabilização civil ou administrativa, mais extensa; mas a responsabilização criminal que demanda a prova da existência do ato e da consciência da ilicitude. Nada na prova indica que V., professor do mestrado na PUC e autor respeitado na área, tenha discutido ou informado A.G. da intenção de transferir dinheiro ao promotor encarregado do TAC ou, por qualquer meio, de qualquer conduta ilícita de um ou de outro. Não vejo prova suficiente da participação de A. nas tratativas feitas entre V. e R.S. A não demonstração de que A. tivesse ciência dos pagamentos a serem feitos ao promotor afasta o concurso material, descrito com amplitude no art. 29 do Código Penal. É caso de absolvição. –

5. Corrupção ativa. Enquadramento. Sanção. A corrupção ativa foi demonstrada nos autos, nos termos do art. 333 e seu § único do Código Penal: ofereceu e pagou vantagem indevida a funcionário público, que em razão da vantagem praticou ato de ofício infringindo dever funcional. A pena mínima se mostra adequada à repreensão do ato ilícito, qual seja 2 anos de reclusão, majorada de 1/3 da pena aplicada (art. 333, § único do Código Penal), resultado em 2 anos e 8 meses de reclusão; além de 13 dias-multa, no valor unitário de um salário-mínimo, nos termos do art. 49, 'caput' e § 1º do Código. O regime inicial de cumprimento de pena será o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, 'c' do Código Penal. Preenchidos os requisitos do

Acesso ao Sumário

art. 44 do Código Penal, substitui-se a pena privativa de liberdade uma pena restritiva de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, definida pelo juiz da execução, pelo mesmo prazo da pena inicialmente imposta, qual seja, 2 anos e 8 meses, além de multa no valor 10 salários-mínimos. –

6. Perdimento de bens. Nos termos do art. 91, II, "b", do Código Penal, fica decretada a perda de R$-698.000,00 em relação a V., atualizados pela Tabela Prática do TJSP a partir de 2-1-2012 (data do crédito em conta dos valores recebidos indevidamente), com juros moratórios de 1%, desde a publicação desta decisão. – Preliminares rejeitadas. Extinção da punibilidade de R.S.L. Condenação de V.O.S. apenas por corrupção ativa, fixada a pena no mínimo legal com o acréscimo do § único do art. 333 do CP, em regime inicial fechado, substituída por pena restritiva de direitos e multa, e perdimento dos bens ilicitamente adquiridos, e a absolvição do delito de lavagem de dinheiro com base no art. 386, V do CPP. Absolvição de A.M.G. por falta de provas, nos termos do art. 386, VII do CPP.

VOTO

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu denúncia em face de R.S.L. (Promotor de Justiça), A.M.G. (advogado) e V.O.S. (advogado), atribuindo ao primeiro a conduta descrita no art. 317, § 1º, do Código Penal, e no art. 1º da LF nº 9.613/98, c.c. art. 29, 'caput', e art. 69, 'caput', do Código Penal, e aos demais a constante no art. 333, parágrafo único, do Código Penal e no art. 1º da LF nº 9.613/98 c.c. art. 29, caput, e 69, caput, do Código Penal (fls. 4.201/4.219).

Em 27-1-2021 e 30-6-2021, o Órgão Especial, por unanimidade, julgou extinta a punibilidade do réu R.S.L. e rejeitou as preliminares; por maioria, em voto de relatoria designada do Des. Antônio Carlos Malheiros, julgou a ação procedente em parte, absolvendo os corréus A.M.G. de todas as acusações e V.O.S. apenas do crime de lavagem de dinheiro, condenando-o pelo crime de corrupção ativa, nos termos do voto do relator designado; na ocasião, declarei voto com as razões da divergência (fls. 10.238/10.364, 11.206/11.219, 11.256/11.269, 11.966/11.979).

Contra o acórdão foi impetrado 'habeas corpus' perante o Superior Tribunal de Justiça, denegado em 16-5-2023 no agravo regimental interposto contra a decisão que não havia conhecido da impetração. Contra o acórdão foi interposto

Acesso ao Sumário

o Recurso Ordinário em HC nº 229.527-DF perante o Supremo Tribunal Federal; em 14-7-2023 a Ministra Cármen Lúcia, monocraticamente, deu provimento parcial ao recurso para anular o voto proferido pelo Presidente do Tribunal na Ação Penal Originária nº 2271918-27.2015.8.26.0000 e, na sequência, a proclamação do resultado, determinando ao Órgão Especial o prosseguimento do julgamento com a colheita do voto do Des. Getúlio Evaristo dos Santos Neto (fls. 12.054/12.069).

Em 18-10-2023 o Órgão Especial, atendendo à determinação da instância superior, procedeu à colheita do voto do Desembargador Getúlio Evaristo dos Santos Neto; o voto declarado, antes vencido, prevaleceu. Adoto o relatório do relator sorteado (fls. 10.277/10.332) e passo a expor a posição tomada pela maioria.

É o relatório.

2. A investigação que deu origem à ação penal partiu de desmembramento de reclamação disciplinar em que a ex-mulher de R.S.L. denunciou à Corregedoria Geral do Ministério Público uma série de condutas inadequadas do então Promotor de Justiça, desde agressões físicas e ameaças à sua então esposa até terceirização das funções do cargo e crimes de corrupção passiva, sobretudo quando atuava na Promotoria do Consumidor e Fundações (fls. 4.220/4.229 e 4.230/4.233). Consta da denúncia, em resumo, que A.G., então Diretor Jurídico da empresa Nova Casas Bahia, autorizou a transferência de mais de R$-1.000.000,00 para V.O.S. para que este repassasse parte disso a R.S.L., à época promotor de justiça, que diante a vantagem indevida deixaria de praticar atos de ofício que implicariam em prejuízos à empresa. Após o pagamento feito a V. em dezembro de 2011, em janeiro de 2012 parte do valor foi entregue em pecúnia a R., que em seguida os depositou em sua conta corrente mantida na agência bancária localizada nas dependências do Ministério Público de São Paulo, tudo isso para dissimular o pagamento e recebimento de valores indevidos.

A defesa dos réus alega, em suma, que A. pagou o valor a V. a título de honorários advocatícios regularmente contratados para que o escritório do advogado atuasse especificamente nas tratativas envolvendo a celebração de TAC entre a empresa e o Ministério Público; V., por sua vez, teria pago R. por serviços convencionados verbalmente em razão da atividade acadêmica, no caso ajuda na elaboração de projeto de mestrado para a Universidade Nove de Julho; V. teria sido contratado pela Uninove e como estava muito atarefado na época, contratou S. para auxiliá-lo, em relação totalmente desvinculada da Uninove, até porque S. era professor contratado da FMU naquele tempo; os pagamentos também teriam origem na contratação de R. para elaboração de obra jurídica como *ghost writer*. R. teria insistido no pagamento em dinheiro sob a justificativa de litígio conjugal que estava vivendo à época.

3. Preliminares. As preliminares de incompetência do órgão julgador e

Acesso ao Sumário

de nulidade de provas, suscitadas pelos corréus, ficam afastadas, nos termos do voto do relator sorteado. De fato, mesmo após o óbito do Promotor, o processo não deve ser remetido às varas comuns; a competência foi fixada quando do ajuizamento da ação, a justificar o prosseguimento perante o Órgão Especial, conforme jurisprudência assentada. Da mesma forma, as provas obtidas junto ao COAF não padecem de nulidade, na medida em que foram precedidas de autorização judicial e a hipótese não se enquadra no Tema STF nº 990.

4. Mérito. A.M.G. A., advogado corporativo que foi contratado depois de extensa seleção, assumiu a direção do Departamento Jurídico da Nova Casas Bahia, a maior empresa de varejo da América Latina, resultado da fusão de Casas Bahia e Ponto Frio, em março de 2011, quando a fusão se iniciava e a empresa passava pela dificuldade de integrar dois sistemas diferentes de trabalho durante um conflito intenso entre os acionistas das antigas empresas (a Família Klein e o grupo de Abílio Diniz). O plano de ação previa a redução do Departamento Jurídico e a terceirização de boa parte do serviço antes feito internamente. Uma questão em andamento eram reclamações de venda casada (mercadoria + garantia estendida), objeto de ações trabalhistas e de reclamações ao PROCON e ao Ministério Público.

Havia sido firmado um TAC com o Ministério Público em 2009, que depois foi reaberto pelo Ministério Público (que queria acrescentar uma indenização por dano moral difuso e estender sua abrangência a mais lojas) e não agradava à direção da nova empresa, que não aceitava indenização dessa natureza. Ante a notificação para a assinatura de novo TAC, após consulta a dois outros escritórios e contrariando a sugestão da advogada M.M., que cuidava desses assuntos, A. contratou o escritório de V. para acompanhamento do TAC. As circunstâncias da contratação não são claras: não foi precedido de um contrato de serviço, foi decidido diretamente por A., indicava uma verba honorária elevada e com uma estrutura não habitual na empresa (com honorários 'ad exitum', que inexiste em TAC, segundo a advogada M.). Não foram localizados o 'de acordo' à proposta de honorários, nem relatórios, nem menção a reuniões ou outras atividades do advogado contratado. V. era o professor orientador de A. em mestrado da PUC.

5. No entanto, nesse contexto esquisito, não podemos esquecer que os autos não versam a responsabilização civil ou administrativa, mais extensa; mas a responsabilização criminal que demanda a prova da existência do ato e da consciência da ilicitude. Nada na prova indica que V., professor do mestrado na PUC e autor respeitado na área, tenha discutido ou informado A.G. da intenção de transferir dinheiro ao promotor encarregado do TAC ou, por qualquer meio, de qualquer conduta ilícita de um ou de outro. Os depoimentos não indicam com clareza a importância desse TAC para a empresa: O.P., então Diretor Financeiro, não atribui maior importância ao TAC ou ao valor pago a V. (a Nova Casas

Acesso ao Sumário

Bahia tinha um faturamento de R$-25 bilhões ao ano), o valor dos honorários não era substancial para o orçamento do Departamento Jurídico e não se entende porque A., até então com um currículo impecável e ocupado intensamente com a fusão das duas empresas, fosse coonestar uma prática dessa natureza. A terceirização do serviço jurídico é prática habitual em empresas, era o plano de ação de A. e prosseguiu, com a redução dos mais de trezentos advogados internos para menos de noventa; e não há como vincular o contratante a todo e qualquer ato ilícito praticado pelo contratado no desenrolar do serviço.

Afora a contratação em si, que não seguiu o caminho normal da empresa, nada há a reparar: a proposta de honorários foi tacitamente aceita, o valor foi pago pela empresa ao escritório de advocacia segundo a praxe interna, e não dependia do aval de outros diretores. O pagamento de três parcelas em um único dia foi suficientemente explicado: demora no processamento do pagamento; mas também disso não se extrai que A. soubesse e ratificasse a oferta de dinheiro ao réu R.L.S. A demora no término do serviço levou à rescisão do contrato logo depois dos pagamentos; mas disso também não se extrai o que tenha ocorrido antes. Não vejo prova suficiente da participação de A. nas tratativas feitas entre V. e R.S. A não demonstração de que A. tivesse ciência dos pagamentos a serem feitos ao promotor afasta o concurso material, descrito com amplitude no art. 29 do Código Penal ('quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade'). É caso de absolvição.

6. V.O.S. V. admite ter recebido R$-1.200.000,00 por serviços prestados à Nova Casas Bahia em 31-12-2011 e ter repassado R$-428.200,00 a R.S. em três parcelas em janeiro de 2012. Ao tempo do pagamento V. era advogado e, nessa condição, negociava com o promotor um TAC de interesse da empresa contratante. Essa circunstância, por si só, leva à imputação feita na denúncia.

V. apresenta duas justificativas para os pagamentos: **(a)** R.S. havia colaborado, ou escrito sozinho, uma obra para ser publicada por V. Essa obra não foi publicada, segundo informado, porque P., esposa de R., a havia apresentado como trabalho seu em curso de mestrado, também na PUC. A obra não veio aos autos, não há um documento ou certidão que demonstre o depósito ou entrega dela na Universidade e P. nega com veemência que assim tenha agido. Não há e-mail, mensagem eletrônica, carta ou comunicação de qualquer natureza que mencione a obra e sua preparação; é defesa não demonstrada por prova ou indício, que não pode ser aceita; e **(b)** R.S. havia elaborado, para V., o projeto de um curso de mestrado para a Uninove, pelo qual foi remunerado com R$-250.000,00 com recursos pessoais do advogado (que lá recebia menos de R$-20.000,00 por mês, como professor). Nada demonstra a encomenda do projeto pela Uninove a V., não se compreende que tal trabalho não tenha sido remunerado pela Universidade, não há prova segura que demonstre a elaboração desse projeto, aliás simultâneo às atividades de R. na Promotoria, às aulas que

Acesso ao Sumário

lecionava, à elaboração do novo livro, pelo promotor, nem se compreende que V. fosse pagar a R., de seu bolso, a relevante quantia envolvida por estudo de interesse da Universidade.

Diz-se que o normal se presume, o anormal se prova; e dessa anormalidade não há prova nos autos. O réu não pode aproveitar de um depoimento apenas a parte que lhe interessa; e P., por ele citada em outra passagem, confirmou em juízo a veracidade da declaração prestada ao Ministério Público de que R. lhe havia dito que o dinheiro acrescido decorria do trabalho em um termo de ajuste de conduta das Casas Bahia (fls. 4451/4454, 4453 e 8938/8954). Tudo examinado, sobra a afirmação inicial: V., advogado, pagou a R.S., Promotor de Justiça, o valor relevante de R$-428.000,00 enquanto este cuidava de um TAC (ato de ofício) de interesse da empresa que representava. Não vejo como fugir à condenação.

7. R.S.L. R.S. faleceu antes do julgamento e sua punibilidade está extinta, conforme mais bem definido no voto do relator sorteado. Suas declarações se amoldam àquelas de V., seu amigo pessoal, e igualmente não seriam aceitas, se o julgamento prosseguisse contra ele; e nelas não há menção alguma à conduta de A., ou a contatos com o representante da empresa.

8. Lavagem de dinheiro. Não vi caracterizada a lavagem de dinheiro. O delito se caracteriza por 'ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal' (LF nº 9.613/98, art. 1º); mas aqui a natureza, origem, localização, disposição, movimentação e propriedade do dinheiro foram demonstradas (pagamento de honorários advocatícios, que a empresa pagou na forma usual com dinheiro proveniente de sua atividade, transferido para a conta bancária do escritório contratado para o serviço) e esse dinheiro não provém, direta ou indiretamente, de infração penal pela empresa pagadora ou pelo advogado recebedor (mas sim, da prestação de serviços advocatícios). A lavagem se caracteriza pela ilegalidade anterior e pela ocultação ou dissimulação subsequente, aqui não entrevista, pois o dinheiro foi regularmente recebido por V. e não foi dissimulado nem oculto; poder-se-ia entrever a lavagem na conduta de R.S., que, este sim, ao insistir no pagamento em dinheiro [e não por transferência bancária] ocultou a origem ilícita do valor que em seguida depositou em sua conta corrente. Os depoimentos deixam certo que o pagamento em dinheiro foi feito a pedido de R.S., sem demonstração do interesse de V. no destino dado ao numerário e seria desnecessário rigor ver nesse detalhe a 'contribuição, por qualquer meio' indicada no art. 29 do Código Penal, a atrair para si também este outro delito. Apenas pela corrupção ativa deve o réu ser condenado.

Acesso ao Sumário

Anoto que no HC nº 153.506-SP, STF, o Ministro Edson Fachin, ao analisar a possibilidade de concurso material entre os crimes de concussão e lava-

gem de dinheiro, enfatizou que o crime de lavagem de capitais é caracterizado pelo recebimento de dinheiro em espécie, reconhecidamente ilícito, mediante mecanismos de ocultação e dissimulação da natureza, origem, localização, destinação e propriedade dos valores, e com auxílio dos agentes envolvidos no pagamento do dinheiro; apenas a percepção dissimulada de vantagem indevida, integrante do tipo de corrupção passiva, não pode configurar igualmente o delito de lavagem de dinheiro. No caso de corrupção ativa essa discussão não se aplica; é consenso que se trata de tipo penal formal, de modo que o aperfeiçoamento ocorre quando do oferecimento ou da promessa da vantagem indevida, o que em muito antecede a ocultação/dissimulação da verba oriunda do crime.

9. Corrupção ativa. Enquadramento e sanção. A punibilidade de R.S. está extinta e A.G. está sendo absolvido, restando ver apenas a sanção aplicada a V.O.S. em decorrência da imputação de corrupção ativa e de lavagem de dinheiro. A corrupção ativa foi demonstrada nos autos, nos termos do art. 333 e seu § único do Código Penal: ofereceu e pagou vantagem indevida a funcionário público, que em razão da vantagem praticou ato de ofício infringindo dever funcional.

V. não possui antecedentes ou registros criminais anteriores; ainda, não se trata de pessoa que apresente risco à ordem pública, tampouco de criminoso contumaz, de modo que a pena mínima se mostra adequada à repreensão do ato ilícito, qual seja 2 anos de reclusão. Incide a agravante prevista no § único do art. 333 do Código Penal, diante da efetiva prática com infração de dever funcional, com majoração de 1/3 da pena aplicada, resultado em 2 anos e 8 meses de reclusão; o mesmo critério deve ser aplicado para a fixação da multa, resultando em 13 dias-multa, no valor unitário de um salário-mínimo, nos termos do art. 49, 'caput' e § 1º do Código Penal. O regime inicial de cumprimento de pena será o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, 'c' do Código Penal.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, substitui-se a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da pena inicialmente imposta, qual seja, 2 anos e 8 meses, além de multa no valor 10 salários-mínimos.

10. Perdimento dos bens. De acordo com os autos, o valor total paga a R.S. e V.O.S. foi de R$-1.126.200,00. Conforme voto proferido pelo Des. Beretta da Silveira (fls. 10.333/10.357), que obteve adesão unânime nesse ponto no primeiro julgamento, fica decretada, em relação a V., a perda de R$-698.000,00, atualizados pela Tabela Prática do TJSP a partir de 2-1-2012 (data do crédito em conta dos valores recebidos indevidamente da Nova Casas Bahia S.A.), com juros moratórios de 1%, desde a publicação desta decisão, nos termos do art. 91, II, "b", do Código Penal. A parcela paga a R.S., de R$-428.200,00, deverá ser cobrada em ação cível autônoma em desfavor do espólio, ante a extinção da punibilidade do corréu falecido.O voto é pela **(a) rejeição das preliminares**

Acesso ao Sumário

extinção da punibilidade de R.S.L., nos termos do art. 107 inciso I do Código Penal; **(b) condenação de V.O.S. por corrupção ativa** nos termos do art. 333 do Código Penal, fixada a pena no mínimo legal com o acréscimo do seu § único, totalizando 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 13 dias-multas, nos termos dos arts. 49, 'caput' e § 1º do Código Penal, c.c. art. 33, § 2º, 'c' do Código Penal; preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, substitui-se a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo juiz da execução, pelo mesmo prazo da pena inicialmente imposta, qual seja, 2 anos e 8 meses, além de multa no valor 10 salários-mínimos; nos termos do art. 91, II, "b", do Código Penal, fica decretada a perda de R$-698.000,00, atualizados pela Tabela Prática do TJSP a partir de 2-1-2012 (data do crédito em conta dos valores recebidos indevidamente da Nova Casas Bahia S.A.), com juros moratórios de 1%, desde a publicação desta decisão; **e a absolvição pelo delito de lavagem de dinheiro com base no art. 386, II do CPP; e (c) absolvição de A.M.G. por falta de provas, nos termos do art. 386, VII do CPP.**

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2196131-11.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante L.S.V., é agravado (...).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.056)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, 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, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 22 de novembro de 2023.

RICARDO ANAFE, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo Interno. Arguição de impedimento – Desembargador da (...) Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça – Não cabimento da arguição – Inexistência de qualquer fato concreto hábil a macular a imparcialidade do agravado. Agravo desprovido.

VOTO

L.S.V. interpôs agravo interno contra a decisão que, com fulcro no artigo 113 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, determinou o arquivamento da petição de arguição de impedimento contra o Desembargador (...), integrante da (...) Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, em razão do julgamento do agravo de instrumento nº (...) aduzindo o impedimento em razão de interesse no julgamento da causa, em favor da representante do menor.

Contraminuta está a fl. 31/33.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Conforme a decisão agravada, é incabível a arguição fundada em meras suposições de fatos que ocasionariam o impedimento do arguido, sem a necessária correspondência fática a alguma das hipóteses do art. 144 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o simples fato de ter sido também relator da apelação nº (...), em que não conheceu de arguição de suspeição contra si interposta, uma vez que incorretamente endereçada, por si só, não torna o Magistrado suspeito ou impedido para julgamento do agravo de instrumento posteriormente ajuizado.

Ademais, e esse foi o ponto principal abordado, a arguição de impedimento expressa o inconformismo do arguente com decisão anterior que lhe foi desfavorável.

Nesse sentido, constou da decisão agravada:

"O incidente em análise diz respeito ao suposto impedimento do Desembargador, ora arguido, para o julgamento do agravo de instrumento nº (...) em virtude de ter sido também relator da apelação nº (...), onde não conheceu de arguição de suspeição contra si interposta, uma vez que incorretamente endereçada. Daí, o pedido de reconhecimento de impedimento e, ao prolatar decisão negando atribuição de efeito suspensivo ao recurso, revelaria seu interesse no julgamento da causa, em favor da representante do menor.

As hipóteses hábeis ao comprometimento da capacidade objetiva do julgador estão previstas no artigo 144 do Código de Processo Civil:

(...)

Acesso ao Sumário

Esclarecem Nelson e Rosa Nery[1]: 'Os motivos indicadores do impedimento do juiz são de natureza objetiva, caracterizando presunção iuris et de iuri, absoluta, de parcialidade do magistrado'.

No caso, é manifesto o não cabimento da arguição, visto que o fato de o arguido ter proferido decisão anteriormente ***em outro recurso*** *do arguente não o torna impedido. Em realidade, o que se veda é a possibilidade de o mesmo juiz atuar nos dois graus de jurisdição, e não se impede, como parece pretender o arguente, ao juiz proferir decisões, em processos ou recursos, no mesmo grau de jurisdição, como se deu na espécie.*

O fato propulsor do alegado comprometimento da imparcialidade do arguido repousa sobre sua precedente atuação na ação rescisória, evidência inequívoca da tradução subliminar de inconformismo com pronunciamento de cunho estritamente jurisdicional.

Caso acolhida a tese do arguente, estaria prejudicada a ***competência por prevenção*** *preconizada pelos artigos 105 a 107 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que não deve ser admitido, notadamente porque restaria frustrada a garantia do juiz natural.*

No caso, inexistente fato concreto a ensejar o afastamento do magistrado, é manifesta a inconsistência desta arguição." (fl. 31/32 dos autos principais)

O art. 144 do Código de Processo Civil contém **rol taxativo** de hipóteses que devem ser comprovadas para que seja reconhecido o efetivo comprometimento da imparcialidade do julgador, o que não ocorreu neste caso concreto.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2047101-33.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MUNICÍPIO DE PATROCÍNIO PAULISTA e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PATROCÍNIO PAULISTA e interessado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PATROCÍNIO PAULISTA, 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 32.055)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE

Acesso ao Sumário

1 NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 345

AQUINO, DAMIÃO COGAN, 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, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 22 de novembro de 2023.

RICARDO ANAFE, Presidente e Relator

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

Inconformados com o teor da decisão de fl. 222/223 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, o Município de Patrocínio Paulista e o Prefeito do Município de Patrocínio Paulista interpuseram agravo interno, sob a alegação de ser cabível o agravo e que os autos devem ser remetidos ao Supremo Tribunal Federal para análise do Recurso Extraordinário.

Contraminuta está a fl. 13/17.

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 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-pre-

Acesso ao Sumário

sidente 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 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.

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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2222833-91.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravado DIRETÓRIO ESTADUAL DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL-SP).

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 47.648)**

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, 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, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 29 de novembro de 2023.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO
Decisão monocrática.
Deferimento de liminar, em ação direta de inconstitucionalidade do Prefeito Municipal de São Paulo, tendo por objeto a parte final do § 1º, do artigo 15, da Lei Municipal nº 17.722, de 07.12.21 (fls. 25/23 do principal). Dispõem-se, dentre outros temas, sobre regras relativas às férias e abono de faltas dos servidores municipais.
Inexiste afronta à cláusula de reserva de plenário.
A Lei nº 9.868/99 disciplina o processamento das ações diretas de inconstitucionalidade no âmbito do STF e tem aplicação supletiva às normas internas deste Tribunal. Elas expressamente permitem a análise monocrática da liminar. Presentes, por outro lado, os requisitos – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – para a concessão da tutela pretendida. Ausência de argumentos capazes de alterar a convicção quanto ao ponto.

Acesso ao Sumário

Agravo não provido.

VOTO

1. Trata-se de **agravo interno** de monocrática (fls. 64/65 do principal) concedendo a liminar em **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito Municipal de São Paulo, tendo por objeto **a parte final do § 1º, do artigo 15, da Lei Municipal nº 17.722, de 07.12.21** (fls. 25/23 do principal), dispondo, dentre outros temas, sobre regras relativas às férias e abono de faltas dos servidores municipais.

Sustentou, em resumo, estar equivocada a r. decisão. Descabida a concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade por despacho monocrático. Ausentes os requisitos para a concessão liminar. Não se justifica a alegada urgência na medida em que a norma foi editada há mais de um ano e oito meses. Nula a decisão agravada. A concessão de licença saúde não inviabiliza a concessão de férias, apenas reduz proporcionalmente dos dias de férias a serem usufruídos. O STF admite a possibilidade de redução das férias. Daí a reforma (fls. 01/11).

Respondeu-se (fls. 37/52).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

Volta-se o inconformismo contra monocrática (fls. 64/65 do principal) concedendo a liminar em **ação direta de inconstitucionalidade** do Prefeito Municipal de São Paulo, tendo por objeto **a parte final do § 1º, do artigo 15, da Lei Municipal nº 17.722, de 07.12.21** (fls. 25/23 do principal), dispondo, dentre outros temas, sobre regras relativas às férias e abono de faltas dos servidores municipais.

Com o seguinte teor a decisão impugnada:

*"**2.** Vislumbro **presentes** os pressupostos legais (**art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868/99**) para concessão da liminar pretendida."*

*"A norma impugnada (fls. 16/32) trata, dentre outros assuntos, de regras relativas às férias e abono de faltas dos servidores municipais ('§ 1º Serão considerados, para fins de aquisição do direito a férias, o tempo de exercício real do servidor, correspondente aos dias de efetivo comparecimento ao trabalho, os períodos relativos aos afastamentos ou licenças do serviço considerados pela legislação como de efetivo exercício, bem como as licenças médicas para tratamento da própria saúde do servidor, **até o limite de 6 (seis) meses, ainda que descontínuos**, durante o período aquisitivo.' – destaquei – fl. 04)."*

*"Este **C. Órgão Especial** recentemente **reputou inconstitucional** legislação semelhante dispondo sobre o regime jurídico de servidores públicos ('Importa repetir: o Município, ao disciplinar o regime jurídico*

Acesso ao Sumário

de seus servidores, não pode restringir o direito de férias a servidor em licença saúde de maneira a inviabilizar o gozo de férias anuais.' – ADIn nº 2.013.386-63.2023.8.26.0000 – v.u. j. de 17.05.23 – Rel. Des. ***COSTABILE E SOLIMENE****)."*

"Há ***(a) fumus boni iuris****, como já adiantado, além do* ***(b) periculum in mora*** *consubstanciado na vedação ao direito de férias do servidor."*

*"****Concedo a liminar*** *para suspender, em princípio, a validade (cf.* ***GILMAR FERREIRA MENDES*** *– "Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO comentários à Lei n. 9.868/99" – Ed. Saraiva – 2012 – p. 328) da expressão '...* ***até o limite de 6 (seis) meses, ainda que descontínuos****", na* ***parte final do § 1º, do artigo 15, da Lei Municipal nº 17.722, de 07.12.21, ex nunc****, até o julgamento dessa ação."* (fls. 64/65 do principal).

Insurgiu-se o Município agravante, argumentando: (**a**) a impossibilidade de concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade por despacho monocrático, (**b**) ausência do ***fumus boni iuris***, pois, a norma apenas faz uma redução proporcional do direito de férias e (**c**) ausência do ***periculum in mora*** na medida em que a norma foi editada há mais de um ano e oito meses (fls. 01/11).

Inicialmente refuto a alegação de afronta à cláusula de reserva de plenário na decisão monocrática que deferiu a liminar.

A Lei nº 9.868/99 que disciplina o processamento das ações diretas de inconstitucionalidade no âmbito do STF e tem aplicação supletiva às normas internas deste Tribunal, expressamente permitem a análise monocrática da liminar, desde que preenchidos os requisitos legais (*"Art. 230. Caberá ao relator a apreciação da medida cautelar, ressalvada a hipótese do artigo 168, § 2º, deste Regimento."* **– RITJ/SP**).

De nulidade não se cogita.

Nesse sentido:

"Tal possibilidade está em consonância com o poder geral de cautela, previsto no art. 297 do CPC e com os princípios da celeridade processual e razoável duração do processo, sem que haja prejuízo ao contraditório ou ao direito de defesa, já que o próprio Regimento prevê a possibilidade da revisão da decisão liminar pelo Colegiado, via Agravo interno ou Regimental."

"Ademais, se a possibilidade de o Poder Judiciário suspender cautelarmente os efeitos de norma impugnada **é expressamente admitida nos artigos 10 a 12, da Lei 9.868/1999, não há que se falar em lesão ao sistema de pessoas e contrapesos ou ao princípio da separação de poderes**." (destaquei – AgInt nº 2.042.981-10.2023.8.26.0000/50000 –

Acesso ao Sumário

v.u. j. de 30.08.23 – Rel. Des. **LUIS FERNANDO NISHI**).

Por outro lado, ao contrário do sustentado pelo Prefeito Municipal, presentes os requisitos legais para a concessão da liminar.

Como anteriormente afirmado, a lei local *"... não pode restringir o direito de férias a servidor em licença saúde de maneira a inviabilizar o gozo de férias anuais."* (ADIn nº 2.013.386-63.2023.8.26.0000 – v.u. j. de 17.05.23 – Rel. Des. **COSTABILE E SOLIMENE**).

E ao contrário do que sustenta o agravante, qualquer redução de direito equivale a uma restrição, ainda que não seja completa. Aplica-se o entendimento firmado pelo **C. STF** no RE nº 593.448 (**Tema 221** de Repercussão Geral).

Evidente o ***fumus boni iuris***.

E, finalmente, presente o ***periculum in mora***.

A norma local, como posta, inibe o servidor a gozar de direito constitucionalmente previsto. Irrelevante esteja em vigor há mais de um ano (AgInt nº 2233000-41.2021.8.26.0000/50000 – v.u. j. de 09.30.22 – Rel. Des. **CRISTINA ZUCCHI**).

Portanto, **nada** de novo trouxe o agravante a alterar a solução adotada.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Nego provimento ao agravo interno.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 2219023-11.2023.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUNICÍPIO DE AVANHANDAVA, 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: "NÃO CONHECERAM DO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.494)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, GUILHERME G. STRENGER e FERNANDO TORRES GARCIA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 1º de novembro de 2023.
XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Oposição pelo Município de Avanhandava. Ilegitimidade. Exegese do artigo 90, inciso II, da Constituição Paulista. Precedentes.
Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo MUNICÍPIO DE AVANHANDAVA em face da r. decisão de fls. 202/203, que deferiu a liminar para suspensão da eficácia do inciso II e parágrafos 3º e 4º do artigo 54, da Lei Complementar Municipal nº 08, de 27 de dezembro de 2010, de Avanhandava, arguindo, em síntese, inexistir *in casu* o necessário *periculum in mora*, devido ao prolongado lapso temporal de vigência dos dispositivos atacados, o que afasta a alegação de urgência (fls. 01/02).

Instado a se manifestar nos termos do parágrafo 2º do artigo 1021 do Código de Processo Civil (fls. 04), o agravado ofertou contraminuta, arguindo preliminarmente a ilegitimidade recursal do ente público e pugnando, no mérito, pelo desprovimento do recurso (fls. 10/15).

É o relatório.

Não se conhece do Agravo.

Com efeito, a Constituição do Estado de São Paulo elenca, como partes legítimas para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade **e recorrer das decisões ali proferidas**, o Prefeito Municipal, consoante regra do artigo 90, inciso II, da citada Carta, *in verbis*:

> *"**Artigo 90 –** São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse:*
> *(...)*
> ***II – o Prefeito** e a Mesa da Câmara Municipal;..."* (g.n.)

Este Agravo Regimental, entretanto, foi interposto pelo "Município de Avanhandava", estando a peça recursal subscrita tão somente pelo Procurador do Município, sem poderes específicos, de tal sorte a não se verificar a legitimidade que permita a análise do quanto aqui se trouxe.

Assim, consoante já decidiu o Pretório Excelso na oportunidade do julgamento do RE nº 906.070/SP, Relator o Ministro DIAS TOFFOLI, j. em 26/06/2017, *"a legitimidade recursal no controle concentrado é paralela à le-*

gitimidade processual ativa, sendo restrita a prerrogativa de recorrer das decisões tomadas em sede de ação direta", de maneira que *"somente o Prefeito Municipal detém a legitimidade para recorrer de decisão que lhe seja eventualmente desfavorável e não o procurador do Município, entidade federativa que não se confunde com o Chefe do Poder Executivo Municipal"*.

Ainda acerca do tema, importante frisar que a jurisprudência deste Colendo Órgão Especial não destoa do posicionamento da Corte Suprema, conforme julgado recente na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2223301-89.2022.8.26.0000, de relatoria do eminente Desembargador MATHEUS FONTES, em 31/05/2023.

Diante do exposto, falecendo legitimidade ao Município agravante para manejo deste Agravo Regimental, não conheço do Recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (...) nº 0050938-38.2019.8.26.0000/50004, da Comarca de São Paulo, em que é agravante C.E. G.M., interessados D.L.S. e A.C.G.J., é agravado M. P. DO E. DE S. P.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53891)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 1º de novembro de 2023.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Ação penal originária – Decisão monocrática que indeferiu pedido de suspensão de prazo para apresentação de defesa prévia e determinou aos acusados a apresentação da mencionada peça defensiva, sob pena de preclusão – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Recebimen-

Acesso ao Sumário

to da denúncia motivado pelo livre convencimento da existência de correspondência entre os fatos e os elementos obtidos preliminarmente no procedimento persecutório – Ausência das mídias relacionadas às cartas precatórias do juízo federal não foi impedimento para o acusado apresentar defesa preliminar, que, aliás, foi contundente em relação ao mérito da peça acusatória – Denúncia recebida e fundamentada em outros elementos de provas coligidas aos autos – Manutenção da decisão – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo acusado C.E.G.M. contra decisão deste Relator que, nos autos da ação penal, indeferiu pedido de suspensão de prazo para apresentação de defesa prévia e determinou aos acusados a apresentação da mencionada peça defensiva, sob pena de preclusão.

Em breve síntese, alega que a r. decisão monocrática colide frontalmente com o quando decidido por este colendo Órgão Especial quando do julgamento dos segundos embargos de declaração, pois nestes restou decidido que as peças de informações já deveriam estar nos autos para propiciar aos acusados a ampla defesa. Diz que apenas o acesso à integralidade dos elementos de prova que o defendente poderá exercer, de forma plena, sua ampla defesa, assegurada constitucionalmente. Alega que a r. decisão viola o princípio constitucional da paridade de armas e cerceamento de defesa. Por tais razões, pede o provimento do recurso, cassando-se a r. decisão monocrática e determinando-se a reabertura do prazo para apresentação de defesa prévia.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou contraminuta no sentido de se negar provimento ao recurso (fls. 16/21).

É o relatório.

A decisão deste Relator é do teor seguinte:

"Vistos.

Às fls. 2597 determinei a citação dos denunciados para apresentarem as respectivas defesas prévias.

O denunciado D.L.S. apresentou sua defesa, salientando a sua condição de colaborador e sustentando ter cumprido com as condições e obrigações acordadas, e requerendo que, ao final, sejam aplicados os benefícios pactuados (fls. 2600/2607).

Já os denunciados C.E.G.M. e A.C.G.J., pleitearam, em síntese, a suspensão do prazo para apresentação de defesa, ao argumento de que não tiveram acesso aos elementos de provas utilizados pela acusação (interceptação telefônica e telemática deferidas nos autos do Procedimento Investigatório

Acesso ao Sumário

Criminal – PIC – nº (...)1; medida cautelar nº (...); acordo de Colaboração Premiada firmada entre o delator D.L.S.; registro das audiências realizadas no bojo das Cartas Precatórias nº (...) e (...), expedidas pela 1ª Vara Federal de Piracicaba e distribuídas à 3ª Vara Criminal da Comarca de Rio Claro/SP), mesmo havendo determinação anterior no acórdão (fls. 2615/2620 e 2639/2641).

A d. Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 2653/2668, pelo não acolhimento das alegações dos denunciados, ao argumento de que a defesa sempre teve pleno acesso à prova dos autos.

Os acusados apresentaram manifestação, alegando que o link de acesso às mídias 'permanece indisponível', além de conter 'uma série de termos de assentada dando conta de que as oitivas ali contidas foram realizadas no formato audiovisual' (fls. 2682/2686 e 2690/2691).

Em nova manifestação, a d. Procuradoria Geral de Justiça requer que sejam afastadas todas as alegações das defesas de A.C. e C.E., determinando que apresentem suas respostas, sob pena de preclusão (fls. 2697/2702).

As defesas de A.C. e C.E., em apertada síntese, insistem na imprescindibilidade de acesso aos elementos de prova que alicerçam a acusação (fls. 2717/2720 e 2722/2724).

Pois bem.

Oportuno consignar que ao tratar da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, não se pode deixar de mencionar a sua natureza tríplice de princípio, direito e garantia. Evidentemente, é difícil enquadrá-los em apenas uma categoria, tendo em vista o grau de envolvimento que possuem tanto com o sistema processual penal, com os indivíduos e com a proteção destes.

Segundo Humberto Ávila, pode-se conceituar os princípios como: 'normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção' (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78).

Dessa forma, os princípios não podem ser entendidos somente como valores, que normalmente atribuem uma qualidade positiva a um elemento, mas como normas que estabelecem finalidades a serem atingidas, que são efetivadas quando determinados comportamentos necessários à sua concretização são realizados.

Na Constituição Federal, o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa estão previstos no art. 5º, inciso 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'.

É um princípio universal nos Estados de Direito, que não admite a postergação nem restrições na sua aplicação.

Apesar de inseridos no mesmo inciso e de sua influência recíproca, os dois não se confundem. Juntos, serão elementos essenciais ao devido processo legal, este com previsão no art. 5º, inciso LIV da CRFB/88: 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal'.

O contraditório pode ser entendido como a possibilidade de ambas as partes que compõem o processo penal terem ciência bilateral dos atos ou dos termos do processo e posteriormente, a oportunidade de rebatê-los. Assim, seriam dois os seus elementos: o direito à informação e o direito de participação.

Quanto à ampla defesa, trata-se da disponibilização de todos os mecanismos àquele que diante de uma imputação, deseja exercer uma resposta. Não é apenas participar do processo, mas participar de forma efetiva.

No caso, a denúncia foi oferecida com base em procedimento investigatório conduzido no âmbito do próprio Ministério Público Estadual, que foi instruído com interceptação telefônica e telemáticas deferidas nos autos do Procedimento Investigatório Criminal (PIC) nº (...) e da medida cautelar nº (...), depoimentos em delação premiada e documentos outros, absolutamente idôneos.

O acórdão que recebeu a denúncia, admitindo a viabilidade da acusação, trouxe motivação suficiente para permitir o processamento do feito, restando implicitamente rejeitadas as teses defensivas preliminarmente levantadas.

Nos termos do voto, unanimemente, vencedor, não se vislumbrou, no caso, a ocorrência de nulidade por ausência de acesso aos documentos que integraram a denúncia.

No segundo embargos de declaração opostos contra o v. acórdão que recebeu a denúncia, vislumbrou-se o reconhecimento de contradição sobre importante questão levantada, restando assentado que 'os Embargantes devem ter o imediato acesso às mídias contendo as gravações das audiências das cartas precatórias, em cumprimento aos princípios do contraditório e ampla defesa.

No entanto, em relação às peças que compõe o acordo de colaboração premiada de D.L., uma observação deve ser feita: os Embargantes terão acesso apenas aos fatos relacionados à esta ação penal, salientando que os fatos estranhos à esta ação manter-se-ão em sigilo, por conter informações referentes a diversos fatos em ainda pende de apuração e que não condiz com os interesses dos Embargantes' (fls. 2577).

Não se desconhece o teor da súmula vinculante nº 14, que assim dispõe:

Acesso ao Sumário

'É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa'.

No entanto, não há qualquer indício de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, mormente considerando que os acusados e seus procuradores tiveram amplo acesso à prova dos autos.

As manifestações dos acusados levam a entender que eles não tiveram acesso aos elementos de prova dos autos, tais como: interceptação telefônica e telemática deferidas nos autos do Procedimento Investigatório Criminal PIC nº (...); medida cautelar nº (...); acordo de Colaboração Premiada firmada entre o delator D.L.S.; registro das audiências realizadas no bojo das Cartas Precatórias nº (...) e (...), expedidas pela 1ª Vara Federal de Piracicaba e distribuídas à 3ª Vara Criminal da Comarca de Rio Claro/SP.

Mas isso não é verdade. Explico.

De acordo com a Lei nº 8.038/90, que estabelece o procedimento das ações penais originárias, aos acusados são conferidas duas oportunidades distintas para o oferecimento de razões técnicas, uma prevista no artigo 4º e outra no artigo 8º.

A primeira ocorre logo após o oferecimento da denúncia ou queixa pelo órgão acusatório, para que o acusado se insurja contra os termos da incoativa e teça seus argumentos voltados a formar o convencimento do Tribunal pelo recebimento ou não da acusação.

A segunda, por sua vez, pressupõe o recebimento da denúncia pelo Órgão Colegiado competente, e volta-se ao próprio mérito da acusação, oportunidade na qual o acusado pode, inclusive, requerer a produção das provas com as quais pretende sustentar as teses de defesa que serão desenvolvidas no decorrer da persecutio criminis in judicitio.

Da análise do conjunto probatório, por ocasião das suas razões preliminares os patronos dos acusados constituídos voltaram-se não só contra os termos da acusação – tema próprio para a fase prevista no artigo 4º –, mas manifestaram-se de forma bastante contundente sobre o mérito da ação penal.

Como dito anteriormente, o v. acórdão dos embargos de declaração assentou que os acusados 'devem ter o imediato acesso às mídias contendo as gravações das audiências das cartas precatórias' e 'em relação às peças que compõe o acordo de colaboração premiada de D.L. ... os Embargantes terão acesso apenas aos fatos relacionados à esta ação penal, salientando que os fatos estranhos à esta ação manter-se-ão em sigilo, por conter informações referentes a diversos fatos em ainda pende de apuração e que não condiz com os interesses dos Embargantes".

Não se determinou nenhuma suspensão dos autos. Nem se decidiu pela

Acesso ao Sumário

necessidade de que tal prova estivesse nos autos para que a denúncia fosse recebida. A propósito, a denúncia foi recebida com convencimento na existência de correspondência entre os fatos narrados e os elementos probantes obtidos preliminarmente no procedimento persecutório.

Com relação às mídias contendo as gravações das audiências das cartas precatórias, foi oficiado à 1ª Vara Federal da Comarca de Piracicaba/SP, para que envie cópia da mídia digital contendo a integralidade da audiência realizada – com todos os vídeos, mas que até o presente momento não se obteve resposta.

Ressalta-se que tais mídias não impedem os acusados de oferecerem defesa prévia, pois, como dito anteriormente, nas razões preliminares os patronos dos acusados constituídos voltaram-se não só contra os termos da acusação – tema próprio para a fase prevista no artigo 4º –, mas manifestaram-se de forma bastante contundente sobre o mérito da ação penal. Ou seja, tal mídia não foi impeditivo de oferecimento de defesa preliminar, inclusive sobre o mérito da ação penal.

Aliás, como bem pontuado pelo d. representante do Ministério Público:

'Quanto ao acesso às mídias, também não houve omissão, na medida em que já foi deferida a sua vinda aos autos, inclusive com a expedição de ofício à 1ª Vara Federal de Piracicaba, solicitando o seu envio (fls. 2369).

<u>Registre-se apenas que não há necessidade de suspensão do processo ou da instrução até a juntada do material. Caso a mídia não seja juntada até a data da oitiva de testemunhas, e caso, após a sua juntada, seja concretamente necessária a realização de novas diligências ou reinquirições, tal medida poderá ser oportunamente avaliada</u>' (fls. 2564) grifei.

No que se refere à mídia contendo o depoimento do colaborador, o Ministério Público, em nome dos princípios da cooperação e da boa-fé processual, disponibilizou um link contendo aos fatos relacionados à esta ação penal para acesso dos acusados, já que os autos foram transformados para digital (fls. 2665/2666).

Ressalta-se que embora o artigo 7º da Lei nº 8.038/90 disponha que após o recebimento da denúncia o acusado será citado para ser interrogado – ato, aliás, que passou a ser o último da instrução processual, de acordo com entendimento já consolidado no âmbito dos Tribunais Superiores (STF, AgRg na Apn n. 528, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 24.3.2011) – é certo que o contraditório, no caso em apreço, já havia sido estabelecido por ocasião da notificação para a apresentação da defesa preliminar a que alude o artigo 4º da Lei n. 8.038/90, a qual, repita-se, foi apresentada a tempo e modo por advogados constituídos pelos acusados, não se podendo falar, portanto, em imprescindibilidade de acesso aos registros das audiências nas cartas precatórias expedidas pela 1ª Vara Federal de

Acesso ao Sumário

Piracicaba/SP para apresentação de defesa prévia.

Acrescenta-se que não se constata qualquer prejuízo ao direito de defesa dos acusados capaz de dar ensejo à pretendida suspensão dos autos para apresentação da defesa prévia. Cumpre frisar que atualmente, até em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que a mácula possa ser reconhecida.

Pelas razões expostas, e por entender que não restou demonstrado qualquer prejuízo para a defesa dos acusados a ausência das mídias contendo as gravações das audiências das cartas precatórias perante a 1ª Vara Federal da Comarca de Piracicaba/SP, pois, quando da resposta preliminar do art. 4º da Lei n. 8.038/1990, apresentou sua argumentação quanto ao mérito da ação penal, indefiro o pedido de suspensão de prazo para apresentação de defesa prévia.

Desta forma, determino que os acusados A.C. e C.E. apresentem suas defesas prévias, no prazo de cinco dias, sob pena de preclusão.

Int.

São Paulo, 05 de agosto de 2023.".

Em que pesem os argumentos trazidos pelo acusado C.E.G.M., nada autoriza a modificação do que restou decidido no indeferimento do pedido de suspensão de prazo para apresentação de defesa prévia.

Conforme consignado na decisão combatida, o recebimento da denúncia foi motivado pelo livre convencimento da existência de correspondência entre os fatos narrados e os elementos obtidos preliminarmente no procedimento persecutório.

Outrossim, o acusado C.E.G.M. falta com a verdade quando sustenta que seu direito de defesa foi cerceado por não ter acesso à integralidade dos elementos de prova.

Isto porque, conforme restou claramente consignado na decisão ora guerreada, o patrono do acusado constituído não teve dificuldades de combater os termos da acusação contida na denúncia oferecida. Aliás, o patrono do acusado foi bastante contundente sobre o mérito da ação penal mesmo antes dela ser recebida.

Ora, o denunciado, naquela oportunidade, não alegou qualquer insuficiência de prova capaz de sufragar o seu direito constitucional de ampla defesa.

Da leitura atenta da decisão monocrática proferida por deste relator, possível notar que em nenhum momento houve cassação do entendimento deste colendo Órgão Especial.

Na mencionada decisão monocrática ressaltei que no v. acórdão que acolheu, sem efeitos modificativos, os embargos de declaração opostos pelos acusados, em razão do recebimento da denúncia, não consta qualquer determinação de suspensão dos autos para que os acusados tenham acesso às mídias contendo

Acesso ao Sumário

as gravações das audiências das cartas precatórias, bem como às peças do acordo de colaboração premiada de D.L., nem se decidiu também pela necessidade de que tais provas estivessem nos autos para que a denúncia fosse recebida, até porque o dito recebimento deu-se fundamentado pela análise de outros elementos de prova coligidos aos autos e não apenas na descrição sobre as alegações de crime correlacionadas nas cartas precatórias onde o Promotor de Justiça A.C. tinha atuação funcional.

O acusado se apega à ausência das mídias contendo as gravações das audiências das cartas precatórias realizadas na 1ª Vara Federal da Comarca de Piracicaba/SP, com nítido intuito de tumultuar e postular nulidades.

Destaca-se que as mencionadas mídias foram solicitadas por este relator junto àquele juízo federal para que os acusados tenham amplo acesso à integralidade dos elementos de prova.

Referendei, aliás, o parecer do Ministério no sentido de que *"Caso a mídia não seja juntada até a data da oitiva de testemunhas, e caso, após a sua juntada, seja concretamente necessária a realização de novas diligências ou reinquirições, tal medida poderá ser oportunamente avaliada"*.

Ressalto que a ausência de tais mídias não foram impeditivas de apresentação de defesa preliminar, sobretudo porque o acusado conseguiu até mesmo se defender sobre o mérito da acusação.

Por fim, este colendo Órgão Especial, por unanimidade, entendeu que a ausência dessas mídias não era impedimento para o recebimento da denúncia, em razão de outros elementos de prova coligidos aos autos.

Por isso, mantenho a decisão que indeferiu o pedido de suspensão de prazo para apresentação de defesa prévia.

Isto posto, nega-se provimento ao agravo regimental.

Arguições de Inconstitucionalidade

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Criminal nº 0037757-28.2023.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº**

38.947)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e VICO MAÑAS.

São Paulo, 1º de novembro de 2023.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – PARÁGRAFOS 4º, 5º E 6º, DO ARTIGO 19, DA LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA), ACRESCIDOS PELA LEI Nº 14.550/2023 – INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NOS ARTIGOS 948 A 950 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – NECESSÁRIA ANÁLISE DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL PELO ÓRGÃO COLEGIADO FRACIONÁRIO – INVIÁVEL QUE A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEJA SUSCITADA MONOCRATICAMENTE – ADEMAIS, A R. DECISÃO SUSCITANTE NÃO DECLINA EXPRESSAMENTE AS RAZÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE, A JUSTIFICAR ACOLHIMENTO DO INCIDENTE E REMESSA AO C. ÓRGÃO ESPECIAL – DESATENDIMENTO À NORMA DO ART. 949, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INCIDENTE NÃO CONHECIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Arguição de inconstitucionalidade suscitada monocraticamente pelo eminente desembargador Jayme Walmer de Freitas, integrante da C. 3ª Câmara de Direito Criminal, nos termos da decisão encartada a fls. 81/91, voltada contra os §§ 4º, 5º e 6º do artigo 19, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), incluídos pela Lei nº 14.550/2023.

Destacou o eminente desembargador suscitante que, ***verbis***, *"todavia, como reclama o agravante, não se deve deixar de observar uma necessária har-*

monia no ordenamento jurídico, especialmente em relação aos princípios constitucionais reclamados na inicial deste recurso. Entretanto, o controle difuso de constitucionalidade é atribuição do Colendo Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça. Por força de previsão constitucional, do Código de Processo Civil e do Regimento Interno desta Corte de Justiça." (fls. 87).

É o Relatório.

A presente arguição não suplanta conhecimento, ***rogata maxima venia***.

Preliminarmente, verifico flagrante nulidade procedimental, consistente na própria legitimidade do Órgão Jurisdicional a suscitar o conflito. O Código de Processo Civil disciplina o rito procedimental do *"Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade"* (artigos 948 a 950), determinando que *"arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes,* ***submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo***".

Resta claro que compete ao órgão colegiado inicialmente competente para apreciação do recurso suscitar o incidente de inconstitucionalidade. Após a submissão da questão pelo relator ao órgão fracionário, acolhida a tese aduzida, aí então *"a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver"* (art. 949, II, CPC).

Este, aliás, o entendimento doutrinário:

> *"Arguição de inconstitucionalidade. No direito brasileiro, qualquer juiz pode recusar aplicar norma ou ato normativo do Poder Público que entender inconstitucional, ou certa interpretação de norma ou de ato normativo do Poder Público para decidir um caso sob sua apreciação. Quando se trata de juízo singular, não há procedimento específico, previsto em lei. Entretanto, quando se trata de Tribunal o procedimento é o deste incidente. Observa-se que a nova denominação do fenômeno – incidente de arguição de inconstitucionalidade reforça a natureza 'incidental' da declaração que resulta do incidente, típica do controle difuso da constitucionalidade das leis ou da interpretação que a elas tenha sido dada. 1.1 O NCPC usa a expressão 'Incidente de arguição de inconstitucionalidade', o que faz com que fique claríssimo não se tratar de recurso. 1.2 É arguido pelas partes e seus assistentes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, perante o relator, que submete a arguição ao órgão competente para julgar a causa ou o recurso.* ***Há, então, o juízo de admissibilidade do incidente: rejeitado, o processo prossegue; admitido, remete-se a arguição ao pleno ou ao órgão especial que tem competência constitucionalmente atribuída para declarar 'incidenter tantum' a inconstitucionalidade da lei ou de ato normativo do Poder Público (art. 97, CF) ou da interpretação que se queira a esta (ou a este) dar (é o princípio da 'reserva de plenário').*** *1.3 Neste incidente, sim, há cisão de*

Acesso ao Sumário

competência. Sendo arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público com o objetivo único de que a lei e o ato não sejam aplicados questão é (ou não) inconstitucional (ou se a interpretação dada à norma em questão arguição será decidido pela maioria absoluta do pleno ou pelo órgão especial (art. quanto à questão da constitucionalidade. 1.4 A arguição será submetida à Câmara ou à turma a qual competir o conhecimento do processo ou do recurso. O mérito da arguição será decidido pela maioria absoluta do pleno ou pelo órgão especial (art. 97 da CF) depois de ouvido o órgão do Ministério Público, se a norma [ou o ato] em questão é ou não inconstitucional). 1.5 ***A decisão de acolhimento ou rejeição do incidente não cabe ao relator, mas ao colegiado órgão fracionário.*** *Por isso é que deve haver suspensão da sessão de julgamento, se arguição for neste momento formulada, devendo deliberar-se imediatamente sobre a admissibilidade desta. 1.6 Enquanto a arguição, se admitida, não tiver sido decidida, fica suspenso o julgamento do processo ou do recurso. A questão da inconstitucionalidade, evidentemente, é prejudicial em relação ao mérito, que não pode ser decidido antes ou concomitantemente àquela. A ampla participação ensejada pelo art. 950 atende ao princípio do contraditório em seu sentido mais abrangente e justifica a extensão da coisa julgada, a(s) prejudicial(s) decidida(s) no incidente."*

(Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.1492/1493 – destacado)"

No mesmo sentido, determina o art. 193 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que *"o incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público será suscitado pelo órgão julgador fracionário do Tribunal, de ofício ou a requerimento do interessado, para apreciação do Órgão Especial, nos termos da Constituição Federal e da lei processual civil"*. A título de observação, não consta do rol do art. 932 do Código de Processo Civil, que versa sobre as atribuições e poderes do Relator, a possibilidade de remessa dos autos, por decisão monocrática, para apreciação da questão constitucional.

Conclui-se, portanto, que o incidente ora examinado não comporta apreciação de mérito, tendo em vista a inobservância do procedimento legal previsto para tanto. Nesse sentido:

"Incidente de arguição de inconstitucionalidade *– Lei nº 7.594/2017, do Município de Guarulhos – Majoração da alíquota de ISS de 2% para 5% – Reserva de plenário – Constituição Federal, art. 97 – Afetação ao plenário do Tribunal, ou ao seu Órgão Especial, que depende do aco-*

Acesso ao Sumário

*lhimento da arguição de inconstitucionalidade pela Câmara ou Turma julgadora – Código de Processo Civil, art. 949, inciso II – Precedentes – **Situação concreta – Inexistência de juízo prévio acerca da constitucionalidade da norma impugnada – Incidente não conhecido."***

(TJSP; Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0025482-81.2022.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Guarulhos – 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/10/2022; Data de Registro: 27/10/2022 – destacado)

"INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.** Arguição em face do art. 921, § 4º, § 4º-A e § 5º do CPC, que dispõem sobre o termo inicial da prescrição no curso do processo e disciplinam o reconhecimento da prescrição intercorrente. Hipótese de não conhecimento. Nos termos dos arts. 948 e 949 do CPC, a arguição de inconstitucionalidade deve ser apreciada pelo órgão colegiado fracionário ao qual compete o conhecimento do processo. **No caso, os autos foram remetidos a este C. Órgão Especial monocraticamente pelo relator sorteado. Impossibilidade. Precedentes. Incidente não conhecido."

(TJSP; Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0009876-13.2022.8.26.0000; Relator: James Siano; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Cível – 23ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/05/2022; Data de Registro: 13/05/2022 – destacado)

*"INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Inteligência e aplicação dos artigos 948 e 949 do Código de Processo Civil, e 193 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça – Descumprimento – **Necessidade de manifestação prévia do órgão fracionário acerca da inconstitucionalidade cuja declaração é requerida pela parte, manifestação sem a qual não pode ser submetida a questão à apreciação do Órgão Especial** – Precedentes do Órgão Especial – Arguição não conhecida, determinado o retorno dos autos à Câmara suscitante."*

(TJ/SP. Órgão Especial. Incidente de Inconstitucionalidade nº 0027697-69.2018.8.26.0000, rel. Des. JOÃO CARLOS SALETTI, j. em 12 de setembro de 2018 – destacado).

Ainda, colhe-se da leitura da r. decisão suscitante (fls. 81/91) que o Eminente Desembargador Relator limitou-se a decidir pela necessidade de instauração deste incidente sob o único fundamento de que *"como reclama o agravante, não se deve deixar de observar uma necessária harmonia no ordenamento jurídico, especialmente em relação aos princípios constitucionais reclamados na inicial deste recurso. Entretanto, o controle difuso de constitucionalidade é atribuição do Colendo Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça, por força de previsão constitucional, do Código de Processo Civil e do Regimento Interno*

Acesso ao Sumário

desta Corte de Justiça" (fls. 87).

Todavia, nos termos dos artigos 948 e 949 da Lei Processual em vigor, arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público em controle difuso, o relator submeterá a questão à Turma Julgadora, a qual, de maneira fundamentada, deverá enfrentá-la e, somente em caso de acolhimento, expressamente declinadas as razões para tanto, será lavrado acórdão com remessa dos autos ao C. Órgão Especial para exame da prejudicial.

Na hipótese afere-se que o eminente Relator suscitante se limitou a submeter o exame da constitucionalidade dos dispositivos legais questionados a este C. Órgão Especial, sem ao menos posicionar-se acerca da rejeição ou acolhimento da tese alvitrada, postura insuficiente ao atendimento das exigências do art. 949, inciso II, do CPC/2015 (*"Art. 949. Se a arguição for: (...) II – acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver."*).

Dissecando o procedimento do incidente, esclarece a doutrina, ***verbis***:

"A declaração incidental de inconstitucionalidade perante tribunal é feita em duas etapas: a primeira perante o órgão fracionário e a segunda perante o pleno ou órgão especial. De fato, arguida a inconstitucionalidade – por qualquer das partes, pelo Ministério Público, pelo juiz de 1º grau, pelo relator ou por um de seus pares –, o relator submeterá a questão à turma, câmara, grupo de câmaras, seção ou qualquer outro órgão do tribunal ao qual incumba proceder ao julgamento do caso. Se a arguição for rejeitada, o processo prosseguirá regularmente, com a aplicação da norma questionada, cuja eficácia não terá sido afetada.

Se, todavia, o órgão fracionário acolher a arguição de inconstitucionalidade – isto é, se considerar que a norma indigitada é inconstitucional –, lavrará acórdão nesse sentido e encaminhará a questão para ser submetida ao tribunal pleno ou ao órgão especial*, ficando o processo suspenso no órgão fracionário. O tribunal, então, deliberará a respeito, observando o quórum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade (CF, art. 97). Declarada ou não a inconstitucionalidade, o julgamento será retomado no órgão fracionário, tendo como premissa lógica a decisão proferida pelo tribunal: se a norma tiver sido declarada inconstitucional, não será aplicada. Na hipótese contrária, incidirá regularmente sobre o caso concreto". **(Luís Roberto Barroso in "O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", Saraiva, 2009, 4ª ed., págs. 97/98).***

Sob tais circunstâncias, pacífico o entendimento na jurisprudência no sentido de que, também sob esta ótica, o incidente não deve ser conhecido:

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis nºs 80/05, 150/08, 200/10, 213/10, 229/11, 271/13, 295/13, 299/13 e 318/14, todas

Acesso ao Sumário

*do Município de Ilha Solteira, no que se refere à criação e livre provimento dos cargos referidos na petição inicial – Câmara suscitante que não indica, especificamente, as normas que violariam a Constituição estadual – **Necessidade de manifestação prévia do órgão fracionário acerca da inconstitucionalidade cuja declaração é requerida pela parte, pronunciamento sem o qual não se pode submeter a questão à apreciação deste Egrégio Órgão Especial** – Precedentes – Arguição não conhecida, com determinação de encaminhamento dos autos à C. Câmara suscitante."*

(TJ/SP. Órgão Especial. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0022607-80.2018.8.26.0000, rel. Des. GERALDO WOHLERS, j. em 24 de outubro de 2018, destacado).

Ante o exposto, não conheço do incidente, determinando retorno dos autos à Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0011064-07.2023.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é suscitante 1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, interessados MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO e R.P.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM O PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL, POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL E REGIMENTAL, E ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.916)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 6 de dezembro de 2023.

SILVIA ROCHA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: – Incidente de arguição de inconstitucionalidade do § 4º do artigo 34-A do Decreto-lei nº 3.365/1941, incluído pela Lei nº 14.421/2022 (conversão da Medida Provisória nº 1.104/2022), que determina a imediata transferência do domínio de imóvel objeto de desapropriação por utilidade pública para o ente expropriante, independentemente da concordância do expropriado, após a apresentação de contestação, se não houver oposição expressa sobre a validade do decreto expropriatório, e o prosseguimento do processo apenas para a resolução das questões litigiosas – Incidente suscitado pela C. 1ª Câmara da Seção de Direito Público deste Tribunal, nos autos de Agravo de Instrumento interposto em ação de desapropriação de imóvel contra decisão que deferiu tutela de evidência – Alegação de que o dispositivo impugnado desrespeita os artigos 5º, XXIV, e 182, § 3º, da Constituição Federal, que tratam de desapropriação e impõem o pagamento de indenização justa e prévia – Pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade.

– Existência de inconstitucionalidade formal – Abuso do poder de emenda parlamentar – Medida Provisória nº 1.104/2022 convertida na Lei nº 14.421/2022 – Inclusão pela emenda do dispositivo impugnado no Decreto-lei nº 3.365/1941 – Ausência de pertinência temática – Não observância do artigo 7º, II, da Lei Complementar nº 95, de 1998 – Como o Supremo Tribunal Federal já decidiu, "Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (...), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória".

– Existência de inconstitucionalidade material – A Constituição Federal estabelece que as desapropriações por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, só podem ser feitas (excetuadas situações excepcionais nas quais o caso em tela não se encaixa) mediante o pagamento de "justa e prévia indenização em dinheiro" – Colisão do § 4º do artigo 34-A do De-

Acesso ao Sumário

creto-lei nº 3.365/1941, que autoriza a transferência do domínio do bem expropriado para o expropriante antes mesmo da definição do valor da indenização, e sem que ele com isso consinta, com os artigos 5º, XXIV, e 182, § 3º, da Constituição Federal – Forma transversa de confisco de bens – Necessidade de pagamento de indenização justa antes da transferência do domínio – Indenização justa não é, necessariamente, a que a Administração afirma ser, mas a indenização livremente pactuada entre o expropriante e o expropriado, ou a fixada em processo judicial, após a produção de prova técnica, observado o devido processo legal – Irrelevância de a lei prever a possibilidade de pagamento parcial, pelo ente público, e de levantamento de valores incontroversos – Declaração de inconstitucionalidade do § 4º do artigo 34-A do Decreto -lei nº 3.365/1941 – Incidente acolhido.

VOTO

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade do § 4º do artigo 34-A do Decreto-lei nº 3.365/1941, incluído pela Lei nº 14.421/2022, que impõe a imediata transferência da propriedade de imóvel objeto de desapropriação por utilidade pública para o ente expropriante, independentemente da concordância do expropriado, após a apresentação de contestação, se não houver oposição expressa a respeito da validade do decreto expropriatório, e o prosseguimento do processo apenas para a resolução das questões litigiosas, suscitado pela C. 1ª Câmara da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 06.12.2022, relator o Em. Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, nos autos de Agravo de Instrumento interposto por R.P. (Agravo de instrumento nº 2208761-36.2022.8.26.0000), em ação de desapropriação ajuizada pelo Município de São Bernardo do Campo contra o agravante (Processo nº 1023597-40.2020.8.26.0564), em face de decisão que deferiu tutela de evidência e determinou a imediata transferência da propriedade do réu, objeto dos Decretos Municipais nºs 18.635/2013 e 20.765/2019, para o citado Município, sob a premissa de que há aparente ofensa aos artigos 5º, XXIV, e 182, § 3º, da Constituição Federal (fls. 273/279).

Esta é a ementa do acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de desapropriação – Decisão que deferiu tutela da evidência determinando a transferência da propriedade do imóvel expropriado para o domínio público do Município – Art. 34-A, § 4º do Decreto-lei nº 3.365/41 – Discussão pendente quanto ao valor da indenização – Afronta ao princípio constitucional da justa e prévia indeni-

Acesso ao Sumário

zação – Incidente de arguição de inconstitucionalidade arguido.

Admitido o processamento do incidente, vieram aos autos manifestações da Presidência da República (fls. 314/318), da Presidência do Senado Federal (fls. 321/331) e da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 337/349).

A Presidência da República alegou que: a) a Secretaria Especial para Assuntos Jurídicos da Casa Civil asseverou a compatibilidade e a pertinência temática do Projeto de Lei de Conversão nº 16, de 2022, que redundou na Lei Federal nº 14.421/2022, em relação ao texto original da Medida Provisória nº 1.104/2022; b) o intuito do artigo 34-A, § 4º, do Decreto-lei nº 3.365, é dar mais celeridade ao processo de desapropriação, permitindo a transferência do bem para o Estado ainda no curso do processo, o que não impede o desapropriado de buscar justa indenização, até porque o mesmo dispositivo garante a continuidade do processo, "para a resolução de questões litigiosas"; c) o artigo 34-A, § 4º, não viola o disposto na Lei Complementar nº 95/1998, pois o artigo 7º, II, da referida lei, estabelece, apenas, que as leis não podem conter matéria estranha ao seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão; e d) o artigo 34-A deve ser interpretado, sistematicamente, com o artigo 32, que impõe ao expropriante que o pagamento do preço deve ser prévio e em dinheiro, o que afasta a alegação de confisco.

A Presidência do Senado Federal alega que: a) o dispositivo impugnado é formal e materialmente constitucional; b) não há ofensa ao princípio democrático e às normas que regem o devido processo legislativo; c) não há incompatibilidade temática entre o texto original da Medida Provisória nº 1.104/2022, que dispunha sobre a Cédula de Produtor Rural e sobre o Fundo Garantidor Solidário, e o texto final da Lei nº 14.421/2022, conforme se verifica no cotejo da justificação da Medida Provisória e com a das respectivas emendas; d) o texto original da Medida Provisória tratava, em sentido amplo, da atividade de produtor rural, sua dinâmica e financiamento, e o artigo 34-A, § 4º, do Decreto -lei nº 3.365, também trata, em sentido amplo, "da produtividade rural atrelada à propriedade e ao instituto da desapropriação" (fl. 325); e) a adição de emendas parlamentares na conversão de medida provisória em lei formal prestigia o princípio da separação dos poderes; f) as emendas, neste caso, não tiveram relação com matérias de iniciativa privativa do Presidente da República, tampouco acarretaram aumento de despesa sem previsão na lei orçamentária; g) conforme o artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle abstrato de constitucionalidade, não vinculam o Poder Legislativo; h) o artigo 34-A, § 4º, do Decreto-lei 3.365, inova na disciplina da desapropriação, mas não macula o princípio da indenização prévia e justa; i) se aplicam ao caso em tela os princípios da supremacia do interesse público e da função social da propriedade; j) a Constituição Federal dispõe que "a lei

Acesso ao Sumário

estabelecerá o procedimento para a desapropriação", revelando que os seus "requisitos não são absolutos", mas "lapidados pelas normas infraconstitucionais" (fl. 328); k) sob a ótica da Administração, a indenização oferecida é sempre justa, mas se, sob a ótica do desapropriado, ela não for justa, basta-lhe requerer o prosseguimento do processo, para eventual complementação; l) desapropriação é modo originário de aquisição de propriedade, que "independe de título causal atrelado a um alienante titular" (fl. 328); e m) a aquisição da propriedade não se confunde nem é obstada pela discussão sobre a justiça da indenização.

Já a Procuradoria-Geral de Justiça afirma que: a) há inconstitucionalidade formal, pois houve abuso no poder de emenda parlamentar, pela falta de pertinência temática entre a emenda aditiva e a matéria veiculada na medida provisória convertida em lei; b) o abuso no poder de emenda maltrata o princípio da separação dos poderes; c) não há vínculo de afinidade, pertinência ou conexão entre a matéria do artigo 2º da Lei nº 14.421/2022 (desapropriação) e as matérias disciplinadas na Medida Provisória nº 1.104 (Cédula de Produto Rural e Fundo Garantidor Solidário); d) se aplica ao caso o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5127-DF; e) há inconstitucionalidade material no artigo 34-A do Decreto-lei nº 3.365/1941, pela ofensa ao princípio constitucional da indenização prévia e justa em dinheiro (artigos 5º, XXIV, e 182, § 3º, da Constituição Federal); f) no caso concreto, mesmo sem o pagamento de indenização justa, foi deferida liminarmente a transferência do bem para o patrimônio público; e g) possível levantamento de valor incontroverso não equivale ao pagamento de indenização prévia e justa.

A Procuradora-Geral do Estado foi citada, mas não se manifestou (fls. 300/303 e 306).

É o relatório.

Trata-se de controle de constitucionalidade pela via difusa, tendo por objeto o § 4º do artigo 34-A do Decreto-lei nº 3.365/1941, incluído pela Lei nº 14.421/2022, assim redigido:

> "Art. 34-A. (...)
>
> (...)
>
> § 4º Após a apresentação da contestação pelo expropriado, se não houver oposição expressa com relação à validade do decreto desapropriatório, deverá ser determinada a imediata transferência da propriedade do imóvel para o expropriante, independentemente de anuência expressa do expropriado, e prosseguirá o processo somente para resolução das questões litigiosas. (Incluído pela Lei nº 14.421, de 2022)".

Constou do acórdão da 1ª Câmara de Direito Público, que suscitou o incidente, que:

> "(...) no caso em tela, há discussão pendente quanto ao valor justo da indenização, cabendo realçar que o levantamento antecipado de parte

Acesso ao Sumário

da quantia não configura o pagamento da prévia indenização em sua integralidade (até porque ainda não definido tal valor) e nem expressa a concordância do expropriado quanto ao valor fixado. Ademais, a ausência de oposição quanto ao decreto expropriatório não implica aceitação do agravante quanto ao valor ofertado para indenização, a qual, à luz do disposto na Constituição Federal, repise-se, deve ser prévia e justa.

Destaque-se, ainda, a incompatibilidade temática entre a Medida Provisória nº 1.104/2022, que tratava originariamente de Cédula de Produto Rural – CPR e Fundo Garantidor Solidário – FGS, e a lei na qual foi convertida, a saber, Lei nº 14.421/2022, que inseriu o § 4º no art. 34-A do Decreto-lei nº 3.365/41, o que, no entendimento do STF, viola os princípios democrático e do devido processo legislativo (STF, ADI nº 5127, Relatora: ROSA WEBER, Relator p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2015 (...)." (fls. 277/278)

Este é o teor dos dispositivos constitucionais alegadamente violados:

"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

(...)"

"Art. 182. (...)

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

(...)".

Em primeiro lugar, há manifesto vício formal no dispositivo impugnado.

O artigo 62 da Constituição Federal autoriza o Presidente da República a adotar medidas provisórias, com força de lei, em casos de relevância e urgência, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (*caput*), e também permite que o Congresso Nacional apresente emendas ao texto original de determinada medida provisória, para convertê-la em lei (§ 12).

O poder de emenda é, contudo, limitado.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal já definiu (em decisão com eficácia geral e efeito vinculante para o Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal, conforme o artigo 102, § 2º, da Constituição Federal) que deve haver pertinência temática entre a emenda e o texto original da medida provisória, sob pena de violação do princípio democrático e do devido processo legislativo:

DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO

Acesso ao Sumário

DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO).

1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória.

2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos. (STF, Pleno, ADI nº 5127, rel. Min. ROSA WEBER, rel. p/ acórdão Min. EDSON FACHIN, j. 15.10.2015, p. 11.05.2016)

Tal restrição decorre do fato de a medida provisória ser espécie normativa de competência privativa do Presidente da República (artigo 62, *caput* e § 3º, da Constituição Federal), a quem, logicamente, compete definir, com exclusividade, o seu objeto.

Definido o objeto da medida provisória, pelo Presidente da República, ele não pode ser alterado pelo Poder Legislativo, nem mesmo em processo de conversão em lei, que só admite emendas relativas à mesma matéria.

Neste caso, objetivamente, não há pertinência temática entre a Medida Provisória nº 1.104/2022 e o artigo 2º da Lei nº 14.421/2022, que incluiu no artigo 34-A do Decreto-lei nº 3.365/1941 o parágrafo impugnado.

Com efeito, a Medida Provisória nº 1.104/2022, convertida na Lei nº 14.421/2022, dispunha, somente, sobre a Cédula de Produto Rural (cédula representativa de promessa de entrega de produtos rurais), instituída pela Lei nº 8.929/1994, e sobre o Fundo Garantidor Solidário (garantia de operações financeiras vinculadas à atividade empresarial rural), criado pela Lei nº 13.986/2020, matérias sem nenhuma relação com a desapropriação por utilidade pública.

Diferentemente do afirmado pela Presidência do Senado Federal, na fl. 325, o § 4º do artigo 34-A do Decreto-lei nº 3.365/1941, acima transcrito, não trata "da produtividade rural atrelada à propriedade e ao instituto da desapropriação".

Acrescente-se que a Lei Complementar nº 95, de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, prevê que "a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão" (artigo 7º, II), como, evidentemente, ocorre com a Lei nº 14.421/2022.

Houve, assim, abuso do poder de emenda parlamentar, que implica in-

Acesso ao Sumário

constitucionalidade, por vício formal, do § 4º do artigo 34-A do Decreto-lei nº 3.365/1941, introduzido na ordem jurídica pela Lei nº 14.421/2022.

Em segundo lugar, há, também, vício material no dispositivo impugnado.

A Constituição Federal estabelece, nos seus artigos 5º, XXIV, e 182, § 3º, que as desapropriações por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, exigem o pagamento de "justa e prévia indenização em dinheiro" (g.n.).

O § 4º do artigo 34-A do Decreto-lei nº 3.365/1941, por outro lado, autoriza a transferência da propriedade do bem desapropriado para o ente público antes mesmo da definição do valor da indenização devida ao expropriado e sem que ele com isso consinta, o que não pode ser admitido, por traduzir forma transversa de confisco de bens, fora das hipóteses constitucionalmente previstas (artigo 243, parágrafo único).

Indenização justa não é, necessariamente, a que a Administração afirma ser, mas a indenização livremente pactuada entre o expropriante e o expropriado, ou a fixada em processo judicial, mediante a produção de prova técnica, com a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Discorrendo sobre o tema, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO diz que "Indenização justa (...) é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio", ou "a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento" (*In* Curso de Direito Administrativo, 18ª ed. rev. e atual. até a EC 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 810-811).

HELY LOPES MEIRELLES define "indenização justa" como "a que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio". Explica que "o expropriante deverá pagar ou depositar o preço antes de entrar na posse do imóvel", o que resume a ideia de indenização "prévia", e ressalva que, "se houver divergência entre a oferta do Poder Público e a pretensão do particular, a controvérsia se resolverá em juízo, mediante avaliação por perito técnico de livre escolha do juiz" (Cf. Direito Administrativo Brasileiro, 38ª ed. atual. até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 679-682).

Já BERNARDO GONÇALVES FERNANDES ensina que "por indenização 'justa' e prévia, como condição constitucional para a desapropriação, entende-se 'aquela reposição do valor retirado do patrimônio do expropriado'. Todavia, tal definição peca por ser demais rasa e superficial (...). Na realidade, o que se busca aqui é a defesa do patrimônio do desapropriado, de modo que ele não sofra diminuições indevidas." (No Curso de Direito Constitucional, 9ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivum, 2017, p. 482).

O processo judicial disciplinado pelo Decreto-lei nº 3.365/1941 destina-

Acesso ao Sumário

se, justa e exatamente, à produção de prova pericial, para a fixação do valor justo da indenização devida ao expropriado, visando a sua efetiva compensação e a perfectibilização do ato expropriatório.

Se bastasse à Administração informar e pagar ao expropriado o valor indenizatório que, na sua ótica, fosse adequado – tese defendida pela Presidência do Senado Federal –, não haveria por que existir processo judicial para a apuração do justo valor.

A existência de processo judicial revela que o expropriado não concordou com o valor ofertado pelo expropriante, na esfera administrativa, para a desapropriação, mas o considerou injusto, daí a necessidade do processo judicial, com produção de prova técnica para apuração e posterior definição da justa indenização.

Embora a Constituição Federal diga que "a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação" (artigo 5º, XXIV), não dá margem à interpretação defendida pela Presidência do Senado, a de que normas infraconstitucionais poderiam dispensar a necessidade de justa e prévia indenização.

Como afirma MARCELO NOVELINO, "Trata-se de hipótese de reserva legal qualificada, uma vez que a Constituição limitou o conteúdo da lei restritiva ao fixar a forma de indenização e os fins que autorizam a desapropriação" (*Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivum, 2016, p. 376).

MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO, ainda a propósito do tema, anota que a exigência de indenização prévia e justa para a desapropriação de bem particular vem, ininterruptamente, desde a Constituição Federal de 1946, excetuada a desapropriação para reforma agrária (que não é o caso) e a previsão do artigo 243, parágrafo único, da Constituição em vigor, já mencionada (*Direito Administrativo*. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 170).

Não reconhecer, aqui, a inconstitucionalidade material do § 4º do artigo 34-A do Decreto-lei nº 3.365/1941 implicaria retrocesso indevido.

Depois, de acordo com o artigo 33 do próprio Decreto-lei nº 3.365/1941, havendo discordância do expropriado, somente se considera pagamento "prévio" o depósito realizado após a sentença, no valor por ela estabelecido e com base na prova produzida.

O uso do adjetivo "prévio", pela Constituição e pelo Decreto-lei 3.365/1941, indica que o pagamento deve acontecer antes da transferência definitiva da propriedade para o ente público, não antes da apuração do justo valor da indenização e da prolação da sentença.

O pagamento de parte da indenização, pelo expropriante, não corresponde ao pagamento de indenização justa, que, como é evidente, precisa ser integral, e a possibilidade de levantamento de valor incontroverso, pelo desapropriado, não equivale à concordância dele com o preço, tampouco autoriza a transferência do

Acesso ao Sumário

bem ao Estado antes da definição do valor da indenização efetivamente devida.

Nesse quadro, fica reconhecida e proclamada a inconstitucionalidade material do § 4º do artigo 34-A do Decreto-lei nº 3.365/1941, incluído pela Lei nº 14.421/2022.

Diante do exposto, acolho o incidente, para declarar a inconstitucionalidade formal e material do § 4º do artigo 34-A do Decreto-lei nº 3.365/1941, incluído pela Lei nº 14.421/2022.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0029608-43.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO 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 34.067)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 25 de outubro de 2023.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR – TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA – TEA

Acesso ao Sumário

– MENOR IMPÚBERE – AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO SOBRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS, DIFUSOS E COLETIVOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – COMPETÊNCIA DA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

1. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la (art. 103 RITJESP).

2. Pretensão à condenação em obrigação de fazer consistente na prestação de serviços de assistência à saúde. Menor impúbere portador de transtorno do espectro autista beneficiário de servidor público estadual contribuinte do IAMSPE.

3. Não basta a menoridade da parte para determinar a competência da Câmara Especial. Imprescindível a existência discussão envolvendo direitos individuais, difusos ou coletivos afetos à criança ou adolescente em situação de risco, assim considerada aquela decorrente de ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou em razão de sua conduta (artigos 148 e 98 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Inexistência de situação de risco. Matéria afeta à Seção de Direito Público. Precedentes. Conflito negativo de competência procedente. Competência da E. 4ª Câmara de Direito Público, suscitada.

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela E. Câmara Especial em face da E. 4ª Câmara de Direito Público, nos autos do Agravo de Instrumento nº (...), tirado de decisão que deferiu, em parte, tutela de urgência para obrigar o IAMSPE a indicar, no prazo de quinze dias, as clínicas credenciadas aptas ao atendimento do autor e a disponibilidade de horários.

O recurso foi distribuído à E. Câmara Especial que, por decisão monocrática do eminente relator, Des. Sulaiman Miguel, declinou da competência para conhecer do recurso (fls. 17/23). Também a E. 4ª Câmara de Direito Público dele não conheceu por entender que a matéria de infância e juventude (fls. 35/39). Retornados os autos, a E. Câmara Especial reafirmou a incompetência e suscitou conflito negativo (fls. 48/56).

Acesso ao Sumário

Foram dispensadas informações e oitiva das partes. A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela competência da E. Câmara suscitada (fls. 73/79).

É o relatório.

Inicialmente conhece-se do conflito, pois ambas as Câmaras se deram por incompetentes para conhecer do recurso (art. 66 CPC).

Segundo o art. 103 do Regimento Interno do Tribunal, a competência de seus diversos órgãos 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.

Na espécie, cuida-se de pretensão à condenação em obrigação de fazer consistente na prestação de serviços de assistência à saúde a filho menor impúbere, beneficiário de servidor público estadual contribuinte do IAMSPE, para fornecimento do tratamento de transtorno do espectro autista, sem limites de sessões, de acordo com a prescrição médica.

Não se ignora que à Câmara Especial compete processar e julgar os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude (art. 33, parágrafo único, IV, RITJESP). Todavia, não basta a menoridade do autor para determinar a competência da E. Câmara Especial.

Para tanto, imprescindível a existência de discussão sobre direitos individuais, difusos ou coletivos afetos à criança ou adolescente em situação de risco – esse o diferencial – assim considerada aquela decorrente de ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou em razão de sua conduta (artigos 148 e 98 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), o que não se verifica no caso dos autos.

Deveras, a leitura da inicial revela que a autora está representada pelo pai e deixa claro que o pedido se alicerça na obrigação do IAMSPE de fornecer o tratamento prescrito ao autor, diagnosticado com transtorno do espectro autista, de acordo com a Constituição, a legislação e a jurisprudência. A menoridade da parte é circunstância meramente acidental e secundária que não tem relevância para determinação da competência recursal.

Acesso ao Sumário

A referência aos artigos 15 e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente é usada apenas como reforço à argumentação deduzida com base na condição de autista do autor e na abusividade da recusa em fornecer o tratamento prescrito por parte do IAMSPE. Nesse cenário, a competência para conhecer e julgar o recurso é da E. 4ª Câmara de Direito Público, conforme a jurisprudência deste E. Colegiado:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ISENÇÃO TARIFÁRIA – SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL – MENOR IMPÚBERE – DIREITO À SAÚDE – MATÉRIA ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO SOBRE DIREITOS INDIVIDUAIS, DIFUSOS E COLETIVOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – COMPETÊNCIA DA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO. 1. A competência dos diversos órgãos do

Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la (art. 103 RITJESP). 2. Pretensão à isenção tarifária no serviço público de transporte coletivo municipal. Condenação em obrigação de fazer consistente na emissão de Bilhete Único Especial como condição de acesso aos serviços de saúde. Matéria administrativa. Menoridade da parte. Irrelevância. 3. Não basta a menoridade da parte para determinar a competência da Câmara Especial. Imprescindível a existência discussão envolvendo direitos individuais, difusos ou coletivos afetos à criança ou adolescente em situação de risco, assim considerada aquela decorrente de ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou em razão de sua conduta (artigos 148 e 98 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Inexistência de situação de risco. Matéria afeta à Seção de Direito Público. Precedentes. Conflito negativo de competência procedente. Competência da E. 10ª Câmara de Direito Público, suscitante" (Conflito de Competência Cível nº 0019910-13.2023.8.26.0000, j. 20/09/2023).

"Conflito de Competência. Agravo de instrumento interposto nos autos de ação de obrigação de fazer movida contra o Estado de São Paulo e o IAMSPE objetivando o fornecimento de tratamento para criança portadora de Transtorno do Espectro Autista. Pretensão inicial na obrigação de prestação de serviço público de saúde, e/ou em questão previdenciária, por ser o autor, filho de servidor público estadual, beneficiário do IAMSPE, réu na ação. Recurso não conhecido pela C. 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal ao fundamento de se cuidar de autor menor de idade, com declinação da competência para a C. Câmara Especial, que, de seu turno, suscitou o presente conflito de competência. Hipótese em que não têm aplicação as disposições protetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ausência de interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente. Conflito procedente, declarada competente a Câmara suscitada" (Conflito de competência cível 0030729-43.2022.8.26.0000, Rel. Des. Aroldo Viotti, j. 09/11/22).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Agravo de instrumento – Tutela de urgência deferida nos autos de ação de obrigação de fazer – Fornecimento gratuito de tratamento de saúde – Pretensão inicial fundada predominantemente na obrigação de prestação de serviço público de saúde, em razão de ser, a autora, beneficiária de plano de assistência médica oferecido pelo IAMSP – Competência – Autora menor de idade – Inaplicabilidade das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente – Ausência de interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente – Reconhecimento da competência da Seção de Direito Público para julgamento da causa presente – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 5ª Câmara de Direito Público" (Conflito de competência cível 0031464-47.2020.8.26.0000; Rel. Des. Carlos Bueno, j. 25/11/20).

Acesso ao Sumário

Por essas razões, julga-se procedente o conflito e competente para conhecimento da apelação a E. 4ª Câmara de Direito Público, suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0032463-92.2023.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é suscitante COLENDA 32ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada COLENDA 4ª 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 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. LUIS FERNANDO NISHI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.027)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), 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, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 18 de outubro de 2023.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelação. Serviço público. Concessionária. Responsabilidade extracontratual. Rompimento de Estação Elevatória de Esgoto (EEE) que inundou imóvel confrontante. Hipótese em que a causa de pedir não está relacionada a contrato de fornecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, mas especificamente à responsabilidade extracontratual de concessionária de serviço público. Competência preferencial da C. Seção de Direito Público. Exegese do Item I.7, b, da Resolução n.º 623/13, com redação dada pela Resolução n.º 736/16 deste E. Tribunal. Precedentes deste C. Órgão Especial Competência da C. 4ª Câmara de Direito Público, ora suscitada.

Acesso ao Sumário

Conflito de competência procedente.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela C. 32ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, em v. acórdão (fls. 382/387) de relatoria do e. Des. Andrade Neto, em face da C. 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, em v. acórdão (fls. 375/379) de relatoria da e. Des. Ana Liarte, que declinou da competência para processar e julgar a Apelação n.º 1010240-80.2022.8.26.0577, interposta contra a r. sentença (fls. 218/222 e 327/328) que julgou improcedente o pedido deduzido de reparação de danos decorrente do rompimento de Estação Elevatória de Esgoto (EEE) que inundou imóvel confrontante.

A Suscitante sustenta não ter competência para processar e julgar o recurso, pois há "discussão sobre a responsabilidade civil extracontratual da concessionária de serviço público, decorrente de rompimento de Estação de Esgoto e que acabou por causar a inundação de imóvel vizinho" (fl. 385), enquanto a Suscitada sustenta não ter competência para processar e julgar o recurso, pois a hipótese seria de "obrigação fundada em contrato de prestação de serviço público de coleta e tratamento de esgoto firmado entre o particular e a empresa de economia mista" (fl. 377).

A D. Procuradoria Geral de Justiça não interveio, nos termos do art. 178 do NCPC e do art. 202 do RITJSP.

É o relatório.

A hipótese é de apelação interposta contra a r. sentença que julgou improcedente o pedido deduzido de reparação de danos decorrente do rompimento de Estação Elevatória de Esgoto (EEE) que inundou imóvel confrontante.

Pois bem. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos limites da causa de pedir e do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la, a teor do art. 103 do RITJSP.

Nesta medida, extrai-se da petição inicial pedido deduzido para condenar à reparação de danos materiais e morais, porque, "Por duas vezes, durante uma manutenção **houve um rompimento na EEE que inundou a residência do requerente com água de esgoto arrastando também lixo da rua para dentro de seu domicílio**" (fl. 1, destacou-se).

Respeitado o entendimento da C. 4ª Câmara de Direito Público, ora suscitada, que entendeu que a questão versaria sobre retorno do esgoto no curso da prestação de serviço contratual, a pretensão inicial (causa de pedir e pedido) é de reparação de danos em razão de rompimento de barreira de estação de esgoto.

É dizer, verifica-se que a pretensão não está relacionada a qualquer contrato de fornecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, mas sim,

especificamente, à responsabilidade extracontratual de concessionária de serviço público.

Não bastasse, *mutatis mutandis*, o tipo societário – sociedade anônima de economia mista – é questão "Secundária, incidental, mediata e interessa apenas indiretamente ao deslinde da controvérsia" (TJSP, Órgão Especial, CC 0051797-88.2018.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, unânime, j. 20.02.19).

Assim, a hipótese é de **"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"** (destacou-se), devendo ser reconhecida a competência preferencial da C. Seção de Direito Público para processar e julgar o recurso, nos termos do Item I.7, *b*, da Resolução n.º 623/13, com redação dada pela Resolução n.º 736/16 deste E. Tribunal.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de indenização por danos materiais e morais – **Prestação de serviços públicos em logradouro público a ocasionar o vazamento na tubulação de água e esgoto, atingindo o imóvel do autor-apelado e lhe causando danos – Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público – Competência da Seção de Direito Público, nos termos do art. 3º, I.7, da Resolução nº 623/2013** – Conflito acolhido (...)"

(TJSP, Órgão Especial, CC 0027289-39.2022.8.26.0000, Rel. Des. Elcio Trujillo, unânime, j. 05.10.22, destacou-se)

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA – **PRETENSÃO QUE ENVOLVE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL ATRIBUÍDA A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COLETA DE ESGOTO, ALEGANDO-SE DESVALORIZAÇÃO DO IMÓVEL DA AUTORA E OCORRÊNCIA DE DANO MORAL – MATÉRIA QUE SE ENQUADRA À SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO, NA FORMA DO ARTIGO 3º, INCISO I.7, 'B', DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA** – PRECEDENTES DO C. ÓRGÃO ESPECIAL (...)"

(TJSP, Órgão Especial, CC 0030698-57.2021.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, unânime, j. 29.09.21, destacou-se)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. **Reparação de danos causados em razão do rompimento de um ramal externo (duto) pertencente à SABESP. Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público. Competência recursal definida nos termos do inciso I.7, do art. 3º, da Resolução nº 623/2013, com a alteração introduzida pela Resolução 648, de 11 de junho de 2014, que prevê a competência da Seção de Direito Público** para : '1.7 Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos ex-

Acesso ao Sumário

tracontratuais 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'. (...)"

(TJSP, Órgão Especial, CC 0039872-37.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, unânime, j. 03.12.14, destacou-se)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – **Ação indenizatória por alegados danos morais decorrentes de infiltrações de águas pluviais, excessivas e ineficientes vistorias e interrupção do fornecimento de água ao imóvel dos autores.** (...) **Demanda calcada na falha do serviço público prestado pela autarquia ré. Resolução nº 623/2013. Competência preferencial das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público para julgamento de ações envolvendo atos administrativos e a responsabilidade civil do Estado.** Precedentes. (...)"

(TJSP, Órgão Especial, CC 0065300-21.2014.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, unânime, j. 15.10.14, destacou-se)

Também, CC 0042495-98.2019.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Bueno, unânime, j. 29.01.20, CC 0009790-47.2019.8.26.0000, Rel. Des. Alex Zilenovski, unânime, j. 24.04.19, CC 0021338-06.2018.8.26.0000, Rel. Des. Salles Rossi, unânime, j. 15.08.18, CC 0027706-31.2018.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, unânime, j. 01.08.18, CC 0053865-79.2016.8.26.0000, Rel. Des. Péricles Piza, unânime, j. 14.12.16, CC 005077194.2014.8.26.0000, Rel. Des. Arantes Theodoro, unânime, j. 21.01.15.

Deve ser assim por critério de organização judiciária, com o escopo de realizar contínua e especializada prestação jurisdicional, devendo ser respeitados os critérios legais de distribuição.

Conflito de competência procedente.

Diante do exposto, julga-se procedente o conflito para declarar a competência da C. 4ª Câmara de Direito Público para processar e julgar a apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0035302-90.2023.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é suscitante COLENDA 18ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada COLENDA 4ª 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 4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDA A EXMA. SRA.

Acesso ao Sumário

DESª. MARCIA DALLA DÉA BARONE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61.724)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), COSTABILE E SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, 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, 25 de outubro de 2023.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DEMANDA ENVOLVENDO QUESTÃO RELATIVA A CONTRATO, ENTRE PARTICULARES, DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL.
As Câmaras da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo têm competência preferencial para as demandas relativas à "compra e venda e adjudicação compulsória, que tenham por objeto coisa imóvel, ressalvadas aquelas sujeitas ao estatuto das licitações e contratos administrativos".
Conflito procedente. Afirmação da competência interna da 4 ª Câmara de Direito Privado para apreciar e decidir a espécie.

RELATÓRIO:

A 18ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça desfiou conflito de competência em vista de anterior acórdão da 4ª Câmara de Direito Privado da Corte.

Os versados autos recursais haviam sido distribuídos à 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, que não conheceu do recurso – um agravo de instrumento –, determinando fosse redistribuído à Subseção de Direito Privado I deste Tribunal. Recebidos os autos pela 4ª Câmara de Direito Privado, não conheceu ela do recurso, por entender-se que o caso se atraía pela competência de uma das Câmaras da Seção de Direito Público, à luz do disposto no item II.15 do art. 3º da Resolução 623/2013 (de 16-10), deste Órgão Especial (*"14ª, 15ª e 18ª Câmaras, com competência preferencial para as ações relativas a tributos municipais e execuções fiscais municipais, tributárias ou não"*).

Acesso ao Sumário

Entendeu diversamente a Câmara suscitante – 18ª de Direito Público –, parecendo-lhe que a lide objeto trata de negócio jurídico celebrado entre particulares, impugnando a exigência do adquirente de que o antigo proprietário do imóvel regularize os débitos de Iptu, no prazo de cinco dias, sob pena de adoção de medidas judiciais, sem que no litígio haja participação da Fazenda pública.

É o relatório do necessário.

VOTO:

1. Versam os autos referenciais ação ajuizada por MC Empreendimentos e Participações Ltda. contra Hawas Empreendimentos e Participações Ltda., objetivando

> ***"(a) a concessão da tutela de urgência inaudita altera parte, de acordo com o artigo 300, do CPC/15, para suspender a exigibilidade de qualquer crédito tributário, consoante o artigo 151, IV, do Código Tributário Nacional, relacionados na presente ação de obrigação de não fazer;***
>
> ***(b) a procedência dos pedidos, para anulatória de lançamentos fiscais inscritos em Dívida Ativa sob 53887/2008, assim como considerar prescritos os débitos fiscais do ano-base de 2006, quantia corrigida na sua expressão monetária de R$ 27.784,37, a que se refere à Execução Fiscal nº 223.01.2009.526379-1/000000-000;***
>
> ***(c) condenação da autora em danos morais da quantia R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), nos termos da Súmula 227/STJ;***
>
> ***(d) em obrigação de não fazer, impedir que a HAWAS (Requerida), proponha qualquer tipo de ação como descrito em suas notificações de 16/08/2022 e 06/09/2022, mas se o fizer, seja condenada pelo valor em dobro do que pretende cobrar sem causa jurídica"*** **(e-pág. 9 dos autos referenciais).**

Alega a demandante – MC Empreendimentos e Participações Ltda. – ter construído um cemitério vertical no Município de Guarujá, cemitério que, em agosto de 2008, vendeu-se à requerida (Hawas Empreendimentos e Participações Ltda.).

Para a efetivação desse negócio jurídico, a requerente firmou termo de ajustamento de conduta com o Ministério Público do Estado de São Paulo, pelo qual ajustamento se comprometeu a adquirir imóvel confinante com o do cemitério. Diz a autora que assumiu o encargo do pagamento do débito tributário relativo a esse imóvel, objeto da execução fiscal 0001678-32 .2001, posteriormente extinta sem julgamento do mérito. Refere, todavia, que, em setembro de 2022, recebeu uma notificação expedida pela demandada para regularizar, em cinco dias, dívidas de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – Iptu, *"sob pena de adoção de medidas judiciais, inclusive pelos danos materiais que estão sendo causados à Contranotificante"* (e-pág. 3 dos autos referenciais).

Acesso ao Sumário

A petição inicial remete, pois, à anunciada exigência indevida feita por um particular em face de outro particular, para uma pontual regularização de débitos de Iptu, **não se disputando, desta maneira, sobre a relação jurídico-tributária entre o particular e a entidade tributante**.

2. É verdade que a competência recursal deste Tribunal de Justiça se define, em princípio, *ratione materiæ*, do modo mesmo como conste desfiada a pretensão nos **fundamentos e pedidos da inicial** – arg. art. 103 do Regimento Interno da Corte –, **não sendo relevante a circunstância de um ente estatal participar da demanda**, assim o fez ver este Órgão Especial, ainda recentemente, em julgado conduzido pelo voto de relação do Des. Xavier de Aquino:

> "Nos termos do artigo 103 do Regimento Interno desta Corte, que disciplina a competência jurisdicional, '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.". Na esteira de tal definição é que se entendeu, no Colendo Órgão Especial, pela **irrelevância da qualidade da parte ao firmar-se a competência para julgamento** (…)" (CC 0014356-97.2023, j. 24-4-2023; a ênfase gráfica não é do original; cf. ainda, *brevitatis causa*, pela recentidade: CC 0041292-96.2022 – Des. Elcio Trujillo, j. 8-3-2023; CC 2293317-68.2022 – Des. Décio Notarangeli, j. 8-2-2023).

3. Não menos verdade é que a matéria versada no caso em exame diz respeito, como ficou dito, a **obrigações relativas a contrato de compra e venda de imóvel**, e sua correspondente competência recursória interna vem definida no item II.25 do art. 5º da Resolução 623/2013 (de 16-10) expedida por este Órgão Especial:

> **"I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes materiais:**
>
> **(...)**
>
> **I. 25 – Ações relativas a compra e venda e adjudicação compulsória, que tenham por objeto coisa imóvel, ressalvadas aquelas sujeitas ao estatuto das licitações e contratos administrativos" (o realce não é do original).**

Em casos símiles ao deste conflito, a orientação adotada por nosso Órgão Especial tem sido indicada, p.ex., neste voto proferido pelo Des. Aroldo Viotti:

> "*Conflito de Competência. Ação ordinária ajuizada por pessoa jurídica de direito privado em face de profissional liberal contabilista, objetivando seja responsabilizada pelo não recolhimento de tributos durante a vigência de contrato de prestação de serviços que celebraram. Tendo os autores requerido se reconhecesse a "responsabilidade tributária" da requerida, determinou-se a citação das Fazendas Estadual e Municipal. Sentença que julgou improcedente a ação 'em função da impossibilidade jurídica do pedido frente ao disposto no art. 123 do CTN'. Recurso não conhecido pela 15ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, ao funda-*

Acesso ao Sumário

mento de se tratar de matéria de direito público. Redistribuídos os autos à 7ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, suscitou-se o presente conflito (negativo) de competência.

Pretensão indenizatória decorrente de contrato de prestação de serviços. Relação de Direito Privado. Ausência de discussão acerca de responsabilidade tributária. Matéria que se insere na competência das Subseções Segunda e Terceira (11ª a 38ª Câmaras) da Seção de Direito Privado desta Corte, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Resolução TJSP nº 623/2013. Precedentes deste Órgão Especial. Conflito procedente, declarada competente a 15ª Câmara de Direito Privado, suscitada.

(…)

De pronto se vê, assim, que a controvérsia instaurada nada tem a ver, a rigor, com tema concernente a Direito Público ou mesmo a obrigação tributária. O objeto da lide envolve relação jurídica de direito privado, visando à responsabilização civil com a consequente indenização pelos danos decorrentes da alegada falha na prestação de serviço contábil pela ré-apelada, que contratou com os autores. (…)" (CC 0035869-58, j. 30-11-2022; neste seu voto, o Des. Aroldo Viotti invocou precedentes do mesmo Órgão Especial: CC 0014520-96, Des. James Siano; CC 0022651-31, Des. Antonio Celso Aguilar Cortez; CC 0043343-51, Des. Moreira Viegas).

O fato de incidentarem-se os pleitos principais – obrigação de fazer e indenização por lesões morais – com um pedido de tutela antecipada suspensiva da exigibilidade de crédito tributário (essa tutela é o objeto do recurso, por sinal) – **não modifica o objeto da lide**, que não é, com efeito, de natureza tributária, mas, sim, questão referente à satisfação de acordo celebrado entre particulares num contrato de compra e venda.

POSTO ISSO, meu voto sugere que se julgue procedente este conflito, reconhecendo-se a competência da Câmara suscitada, qual seja, a colenda 4ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0035512-44.2023.8.26.0000, da Comarca de Peruíbe, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE

Acesso ao Sumário

JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO E LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.539/2023)**

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, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 22 de novembro de 2023.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL. Agravo de Instrumento. Responsabilidade pela prestação de serviços médicos a menor portadora de paralisia cerebral e epilepsia atribuído a autarquia estadual em decorrência de convênio ao qual aderiu o pai da autora. Controvérsia a ser dirimida pela C. 2ª Câmara de Direito Público, suscitada, ausente discussão acerca de interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente. Inteligência dos artigos 3º, inciso I, itens 7 e 13, da Resolução nº 623/2013, 33 e 103 do Regimento Interno desta Corte e 148, inciso IV, e 208, inciso VII, da Lei nº 8.069/1990. Exame da jurisprudência.
CONFLITO PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência decorrente de agravo de instrumento (processo nº (...)) interposto contra a decisão concessiva da antecipação da tutela, lançada em ação de obrigação de fazer proposta por *H.L.C.*, menor impúbere representada por sua mãe *E.L.*, em face de *I.A.M.S.P.E.*

O recurso foi originalmente distribuído à C. 2ª Câmara de Direito Público que, nos termos do v. acórdão de fls. 21-26, dele não conheceu determinando a remessa dos autos à C. Câmara Especial desta Corte.

Recebidos por esse órgão jurisdicional, foi suscitado o incidente sob exame, de acordo com o voto condutor do I. Magistrado Sulaiman Miguel (fls. 37-45).

A D. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela procedência do incidente para julgar competente a C. 2ª Câmara de Direito Público (fls. 58-61).

É o relatório.

A ação que desencadeou o presente incidente encerra pretensão de que sejam dispensados à autora, menor impúbere, portadora de paralisia cerebral e epilepsia e filha de conveniado ao IAMSPE, além de medicamentos, tratamento e acompanhamento médico-ambulatorial em instituições particulares, vez que a autarquia estadual não possuiria clínicas próprias na Baixada Santista.

Concedida a antecipação da tutela, houve insurgência do réu, livremente distribuída à C. 2ª Câmara de Direito Público que dela não conheceu ao argumento de que o núcleo do debate envolveria tema afeto à Justiça da Infância e da Juventude, pelo que seu exame tocaria à Câmara Especial, consoante o artigo 33, parágrafo único, inciso IV, do Regimento Interno desta Corte, *verbis*:

> Artigo 33. ***A Câmara Especial, presidida pelo Vice-Presidente do Tribunal, é integrada pelos Presidentes das Seções e pelo Decano.***
>
> ***Parágrafo único. Competirá à Câmara Especial processar e julgar: (...)***
>
> ***IV – os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude; (...)***

A C. Câmara Especial, suscitante, por sua vez, invocou a tese de que *"o pedido fora formulado com amparo nos direitos decorrentes do vínculo que a ora recorrida, filha de servidor público estadual, mantém com o ora agravante, autarquia estadual integrante da administração indireta do Estado de São Paulo, e responsável pela prestação de assistência médica e hospitalar, de elevado padrão, aos servidores públicos estaduais, sejam eles contribuintes e beneficiários, nos termos do Decreto-Lei Estadual nº 257/70 e Decreto Estadual nº 52.474/70.*

Logo, a questão trazida à discussão não seria da competência desta Câmara Especial, pois, embora a autora seja menor de idade, evidente que ação não compreende matéria afeta à Infância e Juventude, estando o pleito de atendimento amparado no vínculo institucional.

Portanto, nem haveria questionamento sobre temas específicos da infância e juventude, ou ainda, situação de risco a que estariam submetidos menores tutelados nessa ordem (arts. 98, 148 e 208, da Lei 8.069/90); inserindo-se a matéria na competência da Seção de Direito Público, consoante art. 3º., I.7 e I.13, da Resolução nº 623/13 do TJSP; no que pese a douta divergência.".

Pois bem.

É certo que a Lei nº 8.069/1990 define que *"a Justiça da Infância e da Juventude é competente para (...) conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente"* (artigo 148, inciso IV) e que *"regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabi-*

Acesso ao Sumário

lidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular (...) de acesso às ações e serviços de saúde" (artigo 208, inciso VII).

Noutro giro, o artigo 103 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça estabelece que *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*.

E o exame da causa de pedir e do pedido revela que a questão trazida ao Judiciário não se cinge a *"interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente"*; funda-se, antes, na alegada responsabilidade do IAMSPE em prestar serviços médicos à menor por força da relação contratual firmada entre o genitor desta e a autarquia estadual, situação que atrai a competência das Câmaras de Direito Público desta Corte, no caso a C. 2ª Câmara, à luz do artigo 3º, inciso I, itens 7 e 13, da Resolução nº 623/2013, *verbis*:

> Artigo 3º. ***A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:***
>
> ***I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: (...)***
>
> ***I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no inciso III.15 do art. 5º desta Resolução; (...)***
>
> ***I.13 – Ações cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público; (...)***

A conclusão exposta respalda-se na orientação colhida dos julgados deste Colegiado:

> ***Conflito de Competência. Agravo de instrumento interposto nos autos de ação de obrigação de fazer movida contra o Estado de São Paulo e o IAMSPE objetivando o fornecimento de tratamento para criança portadora de Transtorno do Espectro Autista. Pretensão inicial na obrigação de prestação de serviço público de saúde, e/ou em questão previdenciária, por ser o autor, filho de servidor público estadual, beneficiário do IAMSPE, réu na ação. Recurso não conhecido pela C. 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal ao fundamento de se cuidar de autor menor de idade, com declinação***

Acesso ao Sumário

da competência para a C. Câmara Especial, que, de seu turno, suscitou o presente conflito de competência. Hipótese em que não têm aplicação as disposições protetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ausência de interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente. Conflito procedente, declarada competente a Câmara suscitada.
(CC nº 0030729-43.2022.8.26.0000, rel. Des. Aroldo Viotti, j. em 9.11.2022);

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Declinada a competência pela Eg. 4ª Câmara de Direito Público. Redistribuiu-se. A C. 6ª Câmara de Direito Privado suscitou dúvida perante o Órgão Especial, entendendo tratar-se de matéria de Direito Público. Ação de obrigação de fazer de beneficiário do Instituto Municipal de Assistência à Saúde do Funcionalismo IMASF pretendendo o reembolso de tratamento médico realizado em seu filho, menor impúbere e dependente no plano citado. Responsabilidade civil da autarquia municipal pela prestação de assistência à saúde aos servidores municipais e seus dependentes. Precedentes recentes deste Eg. Órgão Especial versando sobre a mesma relação jurídica ora debatida. Resolução nº 623/2013. Competência preferencial das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público. Competência da Eg. 4ª Câmara de Direito Público (Art. 201 do RITJ). Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada.
(CC nº 0041862-53.2020.8.26.0000, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. em 10.2.2021);

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – APELAÇÃO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRETENSÃO DEDUZIDA POR MENOR, DEVIDAMENTE REPRESENTADO, NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE DE ASSOCIADA À CAIXA DE ASSISTÊNCIA AO SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL DE SANTOS CAPEP-SAÚDE, ENVOLVENDO COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO (SESSÕES DE FONOAUDIOLOGIA) – MATÉRIA QUE NÃO ENFRENTA DIREITO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE RISCO (ART. 148 DA LEI 8069/90), A JUSTIFICAR COMPETÊNCIA DA C. CÂMARA ESPECIAL, NOS MOLDES DO ART. 33, IV, DO RITJ/SP – PLEITO QUE ENVOLVE DEBATE SOBRE DIREITO DECORRENTE DA RELAÇÃO INSTITUCIONAL MANTIDA ENTRE AS PARTES – CONTINGÊNCIA DA MENORIDADE IRRELEVANTE 'IN CASU' – RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PROCEDÊNCIA PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA DA C. 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITADA.
(CC nº 0036652-55.2019.8.26.0000, rel. Des. Francisco Casconi, j. em 9.10.2019);

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação cível – Servidora pública municipal Instituto de Previdência dos Funcionários Públicos Municipais de Guarulhos (IPREF) – Autarquia municipal – Pres-

Acesso ao Sumário

tação de serviço de assistência à saúde – Responsabilidade civil do Estado – Inexistência de discussão relativa a contrato privado de plano de saúde – Competência da Seção de Direito Público – Inteligência do art. 3º, I., I.7, 'a' da Resolução nº 623/2013 desta Corte de Justiça – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 5ª Câmaras de Direito Público.

(CC nº 0017469-98.2019.8.26.0000, rel. Des. Carlos Bueno, j. em 7.8.2019);

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU TUTELA DE URGÊNCIA PRETENSÃO DEDUZIDA POR MENOR, DEVIDAMENTE REPRESENTADO, NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE PREVIDENCIÁRIO, ENVOLVENDO PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR DOMICILIAR ('HOME CARE') – MATÉRIA QUE NÃO ENFRENTA DIREITO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE RISCO (ART. 148 DA LEI 8069/90), A JUSTIFICAR COMPETÊNCIA DA C. CÂMARA ESPECIAL, NOS MOLDES DO ART. 33, IV, DO RITJ/SP PLEITO QUE ENVOLVE DEBATE SOBRE DIREITO EMINENTEMENTE PREVIDENCIÁRIO – CONTINGÊNCIA DA MENORIDADE IRRELEVANTE 'IN CASU' – RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA PROCEDÊNCIA PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA DA C. 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITANTE.

(CC nº 0010134-62.2018.8.26.0000, rel. Des. Francisco Casconi, j. em 9.5.2018);

Conflito de competência. Demanda que versa sobre questão previdenciária de servidor público. Irrelevância, quanto à competência, do fato de o postulante ser criança ou adolescente. Julgamento que não incumbe à Câmara Especial, mas às Câmaras de Direito Público. Art. 3º da Resolução 623/2013. Conflito acolhido, reconhecida a competência da Câmara suscitada.

(CC nº 0072679-13.2014.8.26.0000, rel. Des. Arantes Theodoro, j. em 3.12.2014);

Conflito de Competência – Ação de cobrança – Benefício previdenciário – Pensão por morte pleiteada por beneficiário que à época do ajuizamento era menor púbere – Pedido que não cuida de interesses e direitos diretamente relacionados aos da infância e da juventude eventualmente ofendidos – Matéria afeta à Seção de Direito Público – Conflito julgado procedente, declarando-se a competência da C. 6ª Câmara de Direito Público.

(CC nº 0086810-27.2013.8.26.0000, rel. Des. Castilho Barbosa, j. em 14.8.2013).

Acesso ao Sumário

Reforçam a convicção ora assentada as ponderações da D. Procuradoria-Geral de Justiça, no sentido de que *"embora a autora seja menor de idade, é evidente que ação não compreende matéria afeta à Infância e Juventude, es-*

tando o pleito de atendimento amparado no vínculo institucional e na relação contratual de prestação de assistência médico-hospitalar com a autarquia estadual, de modo que a questão não está abrangida na competência da Câmara Especial.

Nessa senda, não há questionamento referente a temas específicos da infância e juventude, nem se vislumbra a existência de situação de risco apta a atrair incidência direta das normas de regência e da competência absoluta fixada no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 98, 148 e 208 da Lei n. 8.069/90).

Por essas razões, a matéria está inserida na competência das Câmaras da Seção de Direito Público da Corte, consoante art. 3º, I.7 e I.13, da Resolução n. 623/2013 do Tribunal de Justiça de São Paulo" (fls. 60-61).

Isto posto, julga-se procedente o conflito para declarar a competência da C. 2ª Câmara da Seção de Direito Público para a apreciação do agravo de instrumento nº (...).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0030458-97.2023.8.26.0000, da Comarca de Amparo, em que é suscitante 32ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, são suscitados 18ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, 15ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO e 30ª 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 UMA DAS CÂMARAS ENTRE AS 1ª E 13ª DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. LUIS FERNANDO NISHI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.435)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO e SILVIA ROCHA.

São Paulo, 29 de novembro de 2023.

NUEVO CAMPOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – QUESTÃO DE DIREITO PÚBLICO – PERITO JUDICIAL EXERCE *MUNUS PUBLICO* E SE SUBMETE A REGIME DE DIREITO PÚBLICO, COM REFLEXOS NA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, E, TAMBÉM, A REGIME PENAL DE DIREITO PÚBLICO – NÃO CARACTERIZADA A PREVENÇÃO – DISTRIBUIÇÃO LIVRE A UMA DAS CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO."

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado nos autos da Apelação Cível nº 1002947-12.2021.8.26.0022, interposta contra sentença que julgou extinta, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, VI, do Cód. de Proc. Civil, ação de produção antecipada de provas ajuizada por Bulk & Bulk Hotéis e Turismo Ltda., em face de Francisco de Assis Godoy Moreira Young.

O recurso foi distribuído inicialmente à C. 15ª Câmara de Direito Público que, por R. decisão monocrática do E. Relator, Des. Amaro Thomé, não conheceu do recurso e determinou sua redistribuição (fls. 224/226).

O E. Relator entendeu, a propósito, que as questões tratadas nos autos não são relativas a tributos municipais e execuções fiscais municipais, tributárias ou não, como previsto no art. 3º, II, da Resolução TJSP 623/13, mas sim de natureza privada.

Redistribuídos os autos, a C. 30ª Câmara de Direito Privado, por decisão monocrática da E. Relatora, Desª. Maria Lúcia Pizzotti, não conheceu do recurso interposto e determinou sua redistribuição à C. 18ª Câmara de Direito Público, em razão da prevenção (fls. 229/230).

Redistribuído o recurso, conforme V. Acórdão da C. 18ª Câmara de Direito Público não se conheceu do apelo e foi determinada a redistribuição dos autos a uma das C. Câmaras de Direito Privado (fls. 241/245).

Os Eminentes julgadores entenderam, a propósito, que a matéria versada nos autos, de natureza privada, questiona trabalho técnico de perito, com o objetivo de responsabilizá-lo financeiramente por suposto erro, não se relacionando a tributos municipais ou a execuções fiscais de interesse do município, como estabelece o art. 3º, II, da Resolução TJSP 623/13.

Entenderam, ainda, que, embora o laudo contestado tenha sido referido no V. Acórdão como fundamento para o julgamento da ação de anulação de lançamento fiscal, a matéria ora em discussão não guarda relação com o pedido ou

Acesso ao Sumário

com a causa de pedir daquela demanda.

Por fim, redistribuídos os autos, o V. Acórdão da C. 32ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fls. 255/258).

Tendo em vista não se tratar das hipóteses dos arts. 178 e 951, do Cód. de Proc. Civil, e do art. 202 do RITJSP, os autos foram encaminhados diretamente à Mesa, para julgamento.

É o relatório.

Procede o conflito, devendo ser reconhecida a competência de uma das Câmaras de Direito Público, dentre a 1ª e a 13ª, com distribuição livre.

Insta consignar, de início, que não há que se falar em prevenção da Colenda 18ª Câmara de Direito Público.

Importa considerar, neste aspecto, que a ação anulatória de lançamento tributário e a ação antecipada de provas, proposta como preparatória de ação de indenização, não são continentes ou conexas, pois distintos o pedido e a causa de pedir e, também, as partes.

Por outro lado, pelo que se verifica das circunstâncias do caso em tela, a questão enfocada na ação proposta em primeiro grau de jurisdição é de direito público.

O perito judicial, por sua atuação no processo decorrente de nomeação judicial, exerce *munus publico*, exerce uma função pública de auxiliar da justiça, nos termos do art. 149, do CPC[1], de modo que seu regime jurídico é de direito público, com reflexos no âmbito da responsabilização administrativa e civil da Administração Pública[2] no caso ter agido com dolo ou fraude, e seu regime penal também é de direito público, ou seja, poderá ser sujeito ativo de crimes contra a Administração Pública praticados por funcionário público, considerado o amplo conceito do art. 327, do Código Penal.

Finalmente, não é o momento de se analisar se a r. decisão de primeiro grau de jurisdição deve prevalecer, mas, tão somente, definir a competência recursal.

Pertinente, ainda, anotar que a competência recursal, nos termos do art. 103, do RITJSP, é definida *pelos termos do pedido inicial*, que, no caso em tela, em vista da substanciação da respectiva causa de pedir, remete ao regime jurídico de direito público.

1 O técnico que deve servir no processo como perito é escolhido pelo juiz (NCPC, art. 465). Uma vez nomeado, passa a exercer a função pública de órgão auxiliar da Justiça (art. 149), com o encargo de assistir o juiz na prova do fato que depende de seu conhecimento técnico ou científico (art. 156). *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 1011, Humberto Theodoro Júnior, 57ª edição revista e atualizada, 2016, Forense, RJ.

2 STF, RE 1.027.633/SP, Tema 940 da Repercussão Geral, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 14/8/2019: "A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Acesso ao Sumário

Importa considerar, ainda, que não é o caso de se reconhecer a competência da 15ª Câmara de Direito Público, em vista de sua competência em razão da matéria.

Portanto, com fundamento no art. 3º, I.1 e I.7, "a", da Resolução TJSP 623/13, o recurso deve ser livremente distribuído entre as 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público.

Face ao exposto, meu voto julga procedente o conflito, determinando-se a redistribuição livre do recurso entre as 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0033664-22.2023.8.26.0000, da Comarca de Bragança Paulista, em que é suscitante 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, interessados ITAÚ UNIBANCO HOLDING S/A, A.F.S. e DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO – DETRAN, é suscitada 13ª 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 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. RICARDO ANAFE E DAMIÃO COGAN. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. GUILHERME G. STRENGER.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.409)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, 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, DÉCIO NOTARANGELI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 29 de novembro de 2023.

MÁRCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Conflito de competência – Ação de obrigação de fazer, cumulada com pedido de indenização por danos morais – Inteligência do artigo 103 do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça de São Paulo – Competência fixada pela causa de pedir da

Acesso ao Sumário

demanda – Incidência do disposto no artigo 5º, incisos III.13 e III.14 da Resolução 623/2003 deste Tribunal – Competência recursal da Seção do Direito Privado – Cancelamento das penalidades de trânsito aplicadas ao autor por alegado fato de terceiro é consequência lógica da procedência do pedido principal – Conflito julgado procedente – Competência da suscitante 35ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Vistos,

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 35ª Câmara de Direito Privado em face da Col. 13ª Câmara de Direito Público, nos autos da apelação n. 1005673-19.2021.8.26.0099 tirada contra sentença que que julgou procedente em parte o pedido de obrigação de fazer e indenização por danos morais em ação ajuizada por A.F.S. em relação a Banco Itaú Holding S.A., para (i) determinar ao banco que proceda à transferência da propriedade do veículo GM/Corsa Wind, placas (...) a quem de direito, no prazo de trinta dias, sob pena da multa de R$ 500,00, até o limite de R$ 10.000,00; (ii) condenar o banco requerido no pagamento de indenização em favor do autor no valor de R$ 10.000,00, a título de danos morais, com correção monetária e juros legais de mora desde a sentença até o efetivo pagamento; e (iii) determinar que o corréu DETRAN/SP cancele as penalidades aplicadas ao autor e exclua do seu prontuário toda e qualquer pontuação referente ao veículo, abstendo-se de incluir nova pontuação eventualmente ocorrida posteriormente à comunicação de alienação do veículo.

O recurso foi inicialmente distribuído perante a Col. 13ª Câmara de Direito Público, sob a relatoria do D. D. Borelli Thomaz, o qual não conheceu do recurso por entender que a competência recursal para o julgamento do feito seria atribuída a uma das Câmaras da Subseção de Direito Privado III, por força do disposto no artigo 5º, inciso III.13 e III.14 da Resolução n. 623/2013.

O feito foi redistribuído à Col. 35ª Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do D.D. Morais Pucci, o qual suscitou conflito de competência perante este Col. Órgão Especial, nos termos do artigo 200 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a alegação de que a demanda envolve interesses da Fazenda do Estado, pois determina o cancelamento de penalidades e de pontos inseridos no prontuário do demandante, sendo a competência de uma das Câmaras do Direito Público, por força do artigo 3º, inciso I.8 da Resolução n. 623/2013.

É o relatório.

Nos moldes do artigo 103 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos*

Acesso ao Sumário

termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la."

Na hipótese em questão, o autor ajuizou ação de obrigação de fazer, cumulada com pedido de indenização por danos morais em face de Banco Itaú Unibanco Holding S.A. e Departamento Estadual de Trânsito – Detran, aduzindo que, em 06 de março de 2008 devolveu à primeira ré o veículo GM/Corsa Wind, placa (...) em decorrência do não pagamento das parcelas do contrato de arrendamento mercantil. Narrou que, anos após, foi impedido de renovar sua Carteira Nacional de Habilitação – CNH em razão de várias infrações de trânsito ocorridas nos anos de 2018 e 2019 com o veículo em referência, uma vez que a primeira corré deixou de promover a baixa ou transferir a titularidade do veículo, por tal motivo, pugnou para que a Financeira seja compelida a transferir o nome do veículo e ao pagamento de danos morais e, ainda, que a corré Detran proceda com a retirada dos pontos de sua CNH.

Denota-se que a presente ação tem por objeto principal a alegada prática de ato ilícito pela corré Itaú ao deixar de transferir o nome do autor que constava do cadastro do veículo ao novo comprador, o que acarretou restrições em sua CNH em razão de infrações de trânsito realizadas por terceiros. Assim, a questão relativa à suspensão da pontuação da CNH do autor é questão secundária e decorrência lógica de eventual procedência do pedido.

Neste contexto, tem-se que, à luz do disposto no artigo 5º, incisos III.13 e III.14 da Resolução 623/2013, o julgamento do presente tema compete a uma das câmaras pertencentes à 3ª Subseção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo. Com efeito:

> III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
> (...)
> III.13 – Ações civis públicas, monitórias e de responsabilidade civil contratual e extracontratual relacionadas com matéria de competência da própria Subseção; (Redação dada pela Resolução nº 694/2015)
> III.14 – Ações que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes;

A respeito do tema, já entendeu este E. Órgão Especial:

> Conflito de Competência. Ação de obrigação de fazer c.c. pedido de indenização. Compra e venda realizada sob fraude. Objetivo principal da lide é o de invalidação do negócio jurídico fraudulento realizado entre particulares. Competência recursal ratione materiae fixada pelo pedido contido na inicial. Invalidação do negócio jurídico que tenha por objeto bem móvel é de competência da Terceira Subseção de Direito Privado (art. 5º, II.1 da Resolução nº 623/2013). A questão relativa ao cancelamento das multas junto ao DETRAN e Secretaria da Fazenda é secundária, e se dá por via reflexa, ante o reconhecimento de invalidação do negócio jurídico, sem força, portanto, para deslocar a competência para

Acesso ao Sumário

uma das Câmaras de Direito Público. Ausência de discussão sobre atos ou contratos administrativos. Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada (36ª Câmara de Direito Privado).

(TJSP; Conflito de competência cível 0046334-63.2021.8.26.0000; Relatora: Cristina Zucchi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Americana – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/03/2022; Data de Registro: 21/03/2022)

E, ainda, colacionam-se precedentes deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelações. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica c./c. danos morais e pedido de tutela antecipada. Sentença de parcial procedência, declarando a inexistência da relação contratual entre as partes, em razão de contratação oriunda de fraude, condenando a Ré em danos morais no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Recurso de ambas as partes. Recurso da Autora. Alegação de que, após a perda de seus documentos pessoais, tem sofrido inúmeros prejuízos decorrentes da compra fraudulenta de veículo automotor em que figura a Ré como instituição financeira como credora em contrato de arrendamento mercantil, acarretando o lançamento indevido de pontos em sua CNH, bem como débitos tributários, decorrente de multas administrativas de trânsito. Recurso da Ré. Alegação de que a assinatura constante do contrato e da documentação carreada aos autos pela Autora é de extrema semelhança, sendo que a divergência somente poderia ser constatada por profissional competente para tanto, afirmando que também figurou como vítima no contrato fraudulento, não podendo arcar sozinho com todo o prejuízo da operação, devendo os danos morais serem afastados por ausência de comprovação ou, subsidiariamente, reduzido o quantum indenizatório. Recurso da Autora que merece prosperar, enquanto recurso da Ré não comporta provimento. Laudo pericial grafotécnico conclusivo no sentido de que a assinatura da Autora foi fraudada. Contrato oriundo de fraude. Responsabilidade objetiva da instituição financeira pelos danos causados à luz da (Súmula 479 do STJ). Falta de cautela do banco em conferir a documentação com maior diligência no momento da contratação. Risco do negócio que não pode ser transferido ao consumidor. Sentença que deve ser reformada, determinando a expedição de ofício aos órgãos competentes para exclusão dos débitos tributários e multas de trânsito, nos termos em que requerido na exordial. Desrespeito ao consumidor que demanda a manutenção dos danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil) reais, nos termos da sentença. Precedentes deste Tribunal. Honorários majorados. RECURSO DA RÉ DESPROVIDO. RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1011206-49.2021.8.26.0554; Relator: L. G. Costa Wagner; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André – 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/01/2023; Data de Registro: 31/01/2023)

Acesso ao Sumário

APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – Pretensão de anulação de negócio jurídico e indenização por danos morais – Competência recursal – A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial – Art. 103 do RITJSP – Hipótese em que a parte autora pretende a rescisão de contrato de compra e venda, com devolução dos valores pagos e indenização por danos morais – A questão relativa à suspensão da pontuação na CNH da autora e exclusão do veículo de seu nome é secundária e reflexa de eventual anulação do negócio jurídico – Aplicação do artigo 5º, III, III.14, da Resolução nº 623/13 do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça – Precedente do C. Órgão Especial – Competência da Seção de Direito Privado – Recurso não conhecido, com suscitação de dúvida de competência perante o C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

(TJSP; Apelação Cível 1006721-42.2021.8.26.0445; Relator: Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Pindamonhangaba – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/08/2023; Data de Registro: 10/08/2023)

Portanto, Julga-se procedente o presente conflito e competente para o conhecimento da apelação a Col. 35ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0038734-20.2023.8.26.0000, da Comarca de Américo Brasiliense, em que é suscitante 31ª COLENDA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO 3, é suscitada COLENDA 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 7ª 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 51.141)**

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, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MÁRCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 6 de dezembro de 2023.

Acesso ao Sumário

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Demanda ajuizada por particulares contra Município e sua Vice-Prefeita. Ação de indenização por danos materiais e morais em virtude de suposta prestação irregular de benefício assistencial de moradia. Caso de responsabilidade civil do estado e de controle e cumprimento de atos administrativos. Petição inicial não fundada em qualquer relação locatícia, cuja configuração é irrelevante ao arrazoado inaugural. Competência da Seção de Direito Público (art. 3º, I.2, I.7 e I.13, da Resolução nº 623/13 do TJSP). Conflito procedente, reconhecida a competência da 7ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela C. 31ª Câmara de Direito Privado em face da C. 7ª Câmara de Direito Público nos autos da Apelação Cível nº 1000322-48.2021.8.26.0040, interposta por João Carlos do Nascimento e por Cristina Helena da Silva Correa contra a r. Sentença que julgou improcedente sua ação de indenização proposta em face de Maria do Carmo Mendes Oliveira e do Município de Motuca.

João Carlos e Cristina ajuizaram a mencionada ação, alegando, em apertada síntese, que, carentes de moradia e de recursos financeiros, foram procurados pela Vice-Prefeita Maria do Carmo que, nessa qualidade, teria lhes dito que resolveria os problemas, encaminhando-os a imóvel urbano e fornecendo-lhes cestas básicas, o que entenderam se tratar de inclusão em programa assistencial do Município. Meses depois, precisaram realizar parcelamento de suas contas de energia, ocasião em que a avença exigiu a contemplação de débitos anteriores à sua entrada no imóvel. Ainda receberam a citação de uma ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis, na qual constava que o imóvel estava locado à pessoa física da Vice-Prefeita, quando, surpresos, perceberam que o imóvel não lhes fora outorgado por meio de programa governamental. Pediram indenização pelos danos materiais consistentes nas contas de energia parceladas que não lhes concerniam e por danos morais, "visto o sofrimento causado (...) com as mentiras, despejo, exposição à situação de risco e ridicularização".

Após trâmite regular do processo, a r. sentença, proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Américo Brasiliense, julgou improcedentes os pedidos aduzidos pelos autores, os quais, inconformados, interpuseram apelação visando à reforma da r. sentença.

Distribuído o recurso à Eg. 7ª Câmara de Direito Público, esta determinou a redistribuição pelo fato de o caso envolver obrigações de contrato de locação não antecedido de licitação, então submetido a regime de direito privado, a configurar matéria afeta à Terceira Subseção de Direito Privado, nos termos do art. 5º, III.6, da Resolução nº 623/2013, do OETJSP, referente a *"ações e execuções relativas a locação de bem móvel ou imóvel"* (fls. 408/413).

Após a redistribuição, a Eg. 31ª Câmara de Direito Privado declarou-se incompetente e suscitou o presente conflito (fls. 417/422).

É o relatório.

Entendo que o conflito deve ser julgado procedente, competente a Câmara suscitada.

Isso porque a petição inicial não se funda em relação locatícia, aduzindo os autores que, na verdade, um agente público, nessa qualidade, prestou-lhes assistência social de forma irregular, acarretando-lhes prejuízos materiais e morais.

Nos termos do art. 103 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*. E, do exposto na petição inicial, verifico tratar-se de demanda indenizatória proposta com base na responsabilidade civil do Estado, de modo que a locação foi mencionada lateralmente, apenas a fim de evidenciar a alegada ilicitude do proceder do agente público.

Basta aferir que é irrelevante à argumentação e aos pleitos autorais a configuração de uma relação locatícia, pois a narrativa dos autores é simplesmente a de que lhes foi outorgado um imóvel por um agente público em caráter assistencial, o qual, posteriormente, descobriram que se tratava de imóvel cuja posse era exercida em caráter particular pela pessoa física do agente público.

Note-se que não há cobrança de aluguéis nem discussão acerca de cláusulas de contrato de locação, inclusive porque os autores alegam que nunca celebraram relação a esse título. Os pleitos iniciais se fundaram apenas no abalo advindo da abrupta interrupção do direito de uso do imóvel e na necessidade de arcar com valores decorrentes de ocupações anteriores.

Ademais, os autores incluíram no polo passivo o Município de Motuca, alegando sua responsabilidade solidária por ter-lhes negado indevidamente o benefício assistencial de aluguel social, a configurar, ainda, discussão afeta ao controle e ao cumprimento de atos administrativos.

Trata-se, deste modo, de matéria de competência da Seção de Direito Público (1ª a 13ª Câmaras de Direito Público), na forma do art. 3º, I.2, I.7 e I.13, da Resolução nº 623/13 do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, nu-

Acesso ao Sumário

merados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:

I. 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: (...)

I.2 – Ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos; (...)

I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:

a. previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações;

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; (...)

I.13 – Ações cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público.

Vale rememorar que a responsabilidade civil, se do Estado, é expressamente excluída da competência das Câmaras de Direito Privado, nos termos do art. 5º, I.29, da mesma Resolução, podendo-se extrair o mesmo dos itens II.9 e III.13 do mesmo artigo.

A competência, portanto, é da Câmara suscitada, integrante da Seção de Direito Público.

Analogamente, já decidiu este C. Órgão Especial:

Conflito de competência. Obrigação de fazer. Restabelecimento do benefício – auxílio moradia. Ação relativa à política habitacional do Governo do Estado. Matéria afeta à competência das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público. Intelecção do artigo 3º, I.12, da Resolução nº 623/2013, com a nova redação dada pela Resolução nº 736/2016. Competência da 5ª Câmara de Direito Público da Corte. Procedência. (TJSP; Conflito de competência cível 0035492-63.2017.8.26.0000; Rel. Des. Sérgio Rui; Órgão Especial; j. 13/09/2017)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de cobrança c.c. obrigação de fazer e indenizatória. Objetiva o reconhecimento de benesse habitacional – auxílio aluguel. Direito social de jaez constitucional e administrativa. Polo ativo da relação processual é ocupado por dois menores impúberes e sua genitora. Condição irrelevante para fixação da competência in caso. Competência não se dá pela qualidade das partes, mas em ob-

Acesso ao Sumário

servância a natureza jurídica da relação existente no conflito levado à apreciação do Poder Judiciário. Objeto processual se restringiu à busca de moradia em busca de toda à família. Inexiste enfrentamento do direito de criança ou adolescente em situação de risco (art. 148, ECA) passível de julgamento pela Colenda Câmara Especial (artigo 33, IV, RITJSP). Hipótese se enquadra à competência da 09ª Câmara de Direito Público (...). (TJSP; Conflito de competência cível 0030277-09.2017.8.26.0000; Rel. Des. Péricles Piza; Órgão Especial; j. 29/11/2017)

Diante do exposto, competente a Colenda 7ª Câmara de Direito Público (suscitada), julgo procedente o presente conflito de competência.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0013367-91.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante RRB PARTICIPAÇÕES LTDA., são impetrados PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO/SP e SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, EM RELAÇÃO AO PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO PAULO, E, NO MAIS, NÃO CONHECERAM DA IMPETRAÇÃO, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.567)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), 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, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 18 de outubro de 2023.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – alegação de pessoa jurídica e de seus sócios de violação ao seu

Acesso ao Sumário

direito líquido e certo de não incidência de ITBI em procedimento de incorporação de imóveis para realização de capital social, previsto nos arts. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, e 36, I, e 37, § 2º, do Código Tributário Nacional – indicação, como autoridades coatoras, do Prefeito de São Paulo e do "Secretário Municipal de Finanças" – ilegitimidade passiva do primeiro, não responsável direto pelo ato impugnado, apenas pela edição das normas para disciplina do imposto – compreensão da doutrina e da jurisprudência – impossibilidade de incidência da teoria da encampação, Súmula 628 do STJ – extinção da ação sem resolução do mérito em relação ao Prefeito – art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09, e do art. 485, VI, do CPC – remanescendo autoridade sem prerrogativa de foro (Secretário Municipal da Fazenda), determinação de remessa dos autos ao juízo de origem para processamento e julgamento do "writ" quanto a ela – art. 64, § 3º, do CPC

VOTO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por RRB PARTICIPAÇÕES LTDA. e seus quatro sócios contra suposto ato do Prefeito do Município de São Paulo e do "Secretário Municipal de Finanças" de São Paulo.

Alegam violação ao seu direito líquido e certo de não incidência de ITBI em procedimento de incorporação de imóveis para realização de capital social, previsto nos arts. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, e 36, I, e 37, § 2º, do Código Tributário Nacional, uma vez que emitido "documento de arrecadação do Município de São Paulo" (fl. 42) para pagamento do tributo questionado, condição exigida para registro da transferência de propriedade à pessoa jurídica constituída. Postulam, assim, que se conceda segurança para ordenar a suspensão da exigibilidade do ITBI, determinando-se ao cartório responsável o registro da transferência de propriedade do imóvel para fins de integralização de capital social.

Os autos foram inicialmente distribuídos ao Juízo da 13ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central, Comarca de São Paulo.

Indeferida a liminar pela Magistrada de 1º grau em janeiro de 2022 (fls. 54/55), os autos permaneceram sem andamento até novembro (fl. 60), ocasião em que ordenada a intimação dos impetrantes para que promovessem "o andamento do feito, com retificação do polo passivo e recolhimento das diligências

Acesso ao Sumário

do oficial de justiça, no prazo de 5 dias, sob pena de extinção, com fundamento no art. 485, inc. III, do Código de Processo Civil" (fl. 61).

Manifestado o interesse na continuidade do processo, os autores insistiram na indicação do Prefeito e do "Secretário Municipal de Finanças" de São Paulo como autoridades coatoras (fl. 68).

Diante disso, por força do art. 74, III, da Constituição Estadual, reconhecida a incompetência absoluta do Juízo de 1º grau, com remessa dos autos a esta Corte (fl. 105).

Uma vez neste Órgão Especial, a liminar foi reapreciada, na ausência eventual deste relator, pelo Des. Euvaldo Chaib, que novamente a indeferiu (fls. 113/116).

O Município de São Paulo prestou informações às fls. 135/153.

A D. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela extinção do processo sem resolução do mérito, ante a ilegitimidade passiva das autoridades impetradas (fls. 158/161).

É o relatório.

A hipótese é de extinção do processo sem resolução do mérito em relação ao Prefeito de São Paulo.

Estabelece o art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.016/09:

Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

Nesse sentido, ensina Hely Lopes Meirelles que

"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, 29ª edição, p. 63).

E ainda:

"Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário; tratando-se, porém de simples ordem proibitiva (não fazer), é admissível o writ contra o funcionário que está realizando o ato ilegal, a ser impedido pelo mandado. Um exemplo esclarecerá as duas situações: se a segurança objetiva a efetivação de um pagamento abusivamente retido, o mandado de só poderá ser dirigido à autoridade competente para incluí-lo na folha respectiva; se visa à não efetivação desse mesmo pagamento, poderá ser endereçado diretamente ao pagador, porque está na sua alçada deixar de efetivá-lo diante da proibição judicial. Essa orientação funda-se na máxima 'ad impossibilia nemo tenetur': ninguém será obrigado a fazer o impossível. Se as providências pedidas no mandado não são da alçada do impetrado, o impetrante é carecedor da segurança contra aquela autoridade, por falta de legitimação passiva para responder pelo ato impugnado. A mesma carência ocorre quando o ato impugnado não foi praticado pelo apontado coator" (Mandado de Segurança, 17ª ed., p. 46).

Acesso ao Sumário

A jurisprudência segue a mesma compreensão:

"No mandado de segurança, considera-se autoridade coatora aquele que tem a atribuição de determinar o ato impugnado e não o que detém a competência para baixar as normas para a execução do ato" (STJ, AgInt nos EDcl no RMS n. 58.576/PR, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 29/6/2020, DJe de 1/7/2020).

"O Chefe do Poder Executivo, em qualquer das esferas, não pode ser apontado como autoridade coatora em todas as ações mandamentais, visto que a estrutura administrativa é organizada de forma a que cada qual tenha um cargo e este as atribuições e responsáveis diretos por seus atos" (REsp 697.082/BA, Rel. Min. José Delgado, DJ 8.8.2005).

No caso, o Prefeito, embora apto a estabelecer a disciplina legal do ITBI, não dispõe de autoridade para afastar sua incidência. O competente para tanto é exclusivamente o segundo impetrado, qual seja, o Secretário Municipal da Fazenda de São Paulo, aqui chamado de "Secretário Municipal de Finanças" (nomenclatura atualmente inexistente na Prefeitura, segundo consulta ao site oficial), atuando por meio do Diretor da Divisão de Fiscalização da Transação Imobiliária – DITBI, um dos cargos da Subsecretaria da Receita Municipal – SUREM, divisão da Secretaria da Fazenda (tudo conforme o site da Prefeitura – vide Apelação/Remessa Necessária nº 1000319-54.2021.8.26.0053, TJSP, 18ª Câmara de Direito Público, Rel. Henrique Harris Jr.). Basta ver que o "Documento de Arrecadação do Município de São Paulo – DAMSP", emitido para pagamento do ITBI, tem o logo da "Prefeitura de São Paulo – Fazenda" (fl. 42).

É o que deflui também da Instrução Normativa da Secretaria Municipal da Fazenda – SF/Surem nº 13, de 24 de agosto de 2018, editada pelo próprio Secretário da Fazenda e que "disciplina a entrega da Declaração de Benefícios Fiscais por meio do Sistema de Gestão de Benefícios Fiscais – GBF". Em seu art. 12, I, dispõe que:

"Art. 12. A utilização do GBF nos termos desta instrução normativa fica restrita, até ato ulterior da SF, ao reconhecimento administrativo da não incidência do Imposto sobre Transmissão 'Inter Vivos', a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição – ITBI-IV, especificamente nas hipóteses a seguir elencadas: I – a não incidência do ITBI-IV sobre transmissões decorrentes de atos societários, previstos no § 2º do art. 156 da Constituição Federal, no art. 36 do Código Tributário Nacional e nos incisos III a V do art. 3º da Lei nº 11.154, de 30 de dezembro de 1991".

Ainda que se diga que a referida Secretaria da Fazenda seja órgão da Prefeitura, necessário que a dedução de pretensão judicial seja veiculada de maneira adequada, observando as condições da ação e os pressupostos processuais, não se incluindo na ação parte a ela estranha, não diretamente responsável pela execução do suposto ato coator, em especial quando, como aqui, a natureza da pessoa inserida descabidamente tenha o condão de modificar a competência

Acesso ao Sumário

para julgamento.

Por essa última circunstância, aliás, inaplicável a teoria da encampação, como disposto na Súmula 628 do STJ:

"A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal" (grifos nossos).

Nessa linha, a compreensão deste OE:

"MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRAÇÃO EM FACE DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – Suposto ato omissivo quanto à atualização do cadastro imobiliário do impetrante perante o Fisco Municipal – ILEGITIMIDADE PASSIVA – RECONHECIMENTO – Ato relacionado às atribuições do Secretário da Fazenda Municipal – Autoridade coatora contra a qual deve ser impetrado o mandado de segurança é aquela que, no exercício de competência delegada, pratica o ato violador do direito do impetrante – Chefe do Executivo não pode ser apontado como autoridade coatora em todas as ações mandamentais, visto que a estrutura administrativa é organizada de forma a que cada qual tenha um cargo e este as atribuições e responsáveis diretos por seus atos – Precedentes deste C. Órgão Especial – Petição inicial do mandamus que não preenche os requisitos dos artigos 320 e 321 do CPC, bem o disposto no artigo 6º da Lei 12.016/09 – Petição inicial indeferida – ORDEM DENEGADA" (TJSP; Mandado de Segurança Cível 0018450-88.2023.8.26.0000; Relator: Luis Fernando Nishi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/07/2023; Data de Registro: 01/08/2023).

Impõe-se, portanto, o reconhecimento da ilegitimidade passiva do Prefeito Municipal de São Paulo, decretando-se, nos termos dos arts. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09, e do art. 485, VI, do CPC, a extinção do feito em relação a ele, sem resolução do mérito.

Frente ao exposto, em relação ao Prefeito Municipal de São Paulo, extingue-se a ação sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09, e do art. 485, VI, do CPC, e, quanto à autoridade remanescente, não se conhece da impetração, determinando-se o retorno dos autos ao Juízo da 13ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central, Comarca de São Paulo, consoante o art. 64, § 3º, do CPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2177495-94.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante

A.K.T., é impetrado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DENEGANDO-SE A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. GUILHERME G. STRENGER.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.108)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), FIGUEIREDO GONÇALVES, PAULO ALCIDES, 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, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 25 de outubro de 2023.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL. OBJETO. Ato coator imputado ao Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Determinação de desconto mensal realizado nos vencimentos do impetrante, em razão de indevida cumulação de cargos públicos.
DECADÊNCIA. Prazo de 120 dias para impetração do mandamus, contados a partir da inequívoca ciência do interessado do ato impugnado. Ato coator datado de 06/04/2011 e publicado em 07/06/2011. Impetração em 12/07/2023. Superado, em muito, o lapso decadencial. Decadência configurada. Extinção do processo. Denegação da segurança. Artigo 23 da Lei nº 12.016/2009 c/c artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil.
SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança Cível, com pedido de liminar, impetrado por *A.K.T.* contra ato imputado ao Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando a cessação dos descontos realizados

em seus vencimentos e a restituição dos valores deduzidos a partir da impetração.

Sustenta o impetrante, em resumo, que foi demitido a bem do serviço público do cargo de escrevente técnico judiciário deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em razão da indevida acumulação, no interregno de 05/1995 a 11/2005, com o cargo de agente administrativo do Ministério da Saúde. Informa que, após pedido de revisão, a demissão a bem do serviço público foi substituída por suspensão de 90 dias, mas extinta a punibilidade pela prescrição intercorrente. Não obstante, mesmo sem ter havido condenação ao ressarcimento dos valores recebidos no período de acúmulo dos cargos públicos, determinou-se, em 06/11/2011, a realização de descontos mensais de 10% de seus rendimentos brutos (atualmente, R$ 879,40), que lhe causam prejuízos financeiros, mês a mês (fls. 01/11).

Sob a Relatoria do i. Desembargador *Élcio Trujillo*, a liminar foi indeferida (fls. 451/452).

O Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça, o DD. Desembargador *Ricardo Anafe*, autoridade apontada como coatora, prestou informações, sustentando a decadência do direito de impetrar o Mandado de Segurança, eis que o suposto ato coator se deu em 06/04/2011, ao passo que a impetração, em 12/07/2023, superado, portanto, o prazo legal de 120 dias. Subsidiariamente, afirma a inexistência de direito líquido e certo, requisito imprescindível à concessão da segurança, na medida em que o dever de restituir os valores recebidos pela indevida cumulação de cargos públicos encontra respaldo no artigo 37, inciso XVI, da Constituição Federal e no artigo 174, §§ 1º e 2º c/c artigo 254, § 1º, ambos da Lei Estadual nº 10.261/1968. Assevera, por fim, que o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva administrativa não afasta o dever constitucional de recompor os cofres públicos (fls. 455/466).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo reconhecimento da decadência e, no mérito, a denegação da segurança, visto que os descontos nos vencimentos do impetrante derivam do dever jurídico de ressarcir o Erário, em razão da indevida cumulação de cargos públicos (fls. 505/508).

Os autos aportaram em meu gabinete de trabalho em 20/09/2023.

É o relatório.

O presente Mandado de Segurança objetiva a cessação de descontos mensais realizados nos vencimentos do impetrante, decorrentes de indevida cumulação de cargos públicos.

Depreende-se dos autos que o impetrante, *A.K.T.*, respondeu a Procedimento Administrativo Disciplinar, porque acumulou ilegalmente, no período compreendido entre 24/05/1995 e 10/11/2005, os cargos públicos de agente administrativo junto ao Ministério da Saúde e de escrevente técnico judiciário desta E. Corte Bandeirante (fl. 38).

Acesso ao Sumário

Após regular instrução do PAD, observados o contraditório e a ampla defesa, o impetrante foi condenado à pena de demissão a bem do serviço público (fls. 292/296), decisão mantida em grau recursal pelo então Corregedor Geral de Justiça, Desembargador *Reis Kuntz* (fl. 348).

O sindicado apresentou pedido de revisão (fls. 359/362), oportunidade em que o DD. Desembargador *Viana Santos*, Presidente do Tribunal de Justiça em exercício à época, reconheceu sua boa-fé, afastou a pena de demissão a bem do serviço público e determinou o retorno dos autos à Corregedoria Geral de Justiça para aplicação de outra sanção (fls. 372/377).

O parecer do *Dr. Marcelo Matias Pereira*, juiz auxiliar da Corregedoria Geral de Justiça, propôs a pena de suspensão pelo prazo de 90 dias, seguida da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição intercorrente (fls. 381/383), sendo acolhido *in totum* pelo Corregedor Geral de Justiça, Desembargador *Antonio Carlos Munhoz Soares* (fl. 384).

Em 27/07/2010, houve determinação da remessa dos autos ao contador para que apurasse os vencimentos e vantagens indevidamente percebidas pelo impetrante, no período em que acumulou os cargos públicos (fl. 409).

Apresentados os cálculos (fls. 410/413), deu-se vista ao interessado para manifestação (fl. 416), que requereu a isenção de restituição dos valores, por se tratar de remuneração paga pelo cumprimento integral da jornada de trabalho (fl. 421).

Sobreveio, em 06/04/2011, a r. decisão proferida pelo Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador *José Roberto Bedran*, cujo teor indeferiu o pedido de isenção, sob o fundamento de que houve lesão ao Erário, determinando à Secretaria de Gerenciamento de Recurso Humanos – SGRH as providências para compensação e descontos devidos (fl. 426). Acatada a ordem pela SGRH, iniciaram-se os descontos a partir da competência de 04/2011 (fl. 428), com intimação do interessado em 07/06/2011 (fl. 431).

O trânsito em julgado da decisão ocorreu em 08/07/2011 (fl. 439).

Pois bem.

Configurada a decadência, há de ser denegada a ordem.

Nos termos do artigo 23 da Lei nº 12.016/2009, o prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 dias, a contar da ciência do ato impugnado, *in verbis:*

> *Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.*

Recai sobre a situação *sub judice* a alegação de que o prazo decadencial para a impetração do *writ* renovar-se-ia mensalmente, ante a periodicidade das supressões remuneratórias, que concretizariam o ato coator, mês a mês.

Acesso ao Sumário

Não se desconhece o já consolidado entendimento de que, havendo obrigação de trato sucessivo, que se restaura periodicamente, não se aplica a decadência prevista no citado artigo 23 da Lei nº 12.016/2009.

Todavia, o caso em tela não trata de prestações de trato sucessivo, mas, sim, de ato comissivo único, ainda que a restituição ao Erário, advinda da acumulação indevida de cargos públicos, esteja sendo feita por parcelas mensais, descontadas na folha de pagamento do impetrante.

Em outras palavras, a suposta lesão ao direito do requerente ocorreu quando da prolação do ato apontado como coator.

O fato de o ressarcimento aos cofres públicos ser realizado por prestações mensais não tem o condão de transformar a obrigação em relação de trato sucessivo, pois o que dá origem à nova cobrança, a cada mês, é a decisão que indeferiu expressamente o pedido de isenção.

Assim, embora de efeitos temporais prolongados, a ensejar a realização de descontos com periodicidade mensal nos rendimentos do impetrante, o ato tido como coator é único, consistindo no indeferimento do requerimento de isenção de ressarcimento ao Erário, cuja comunicação ocorreu em 07/06/2011.

Relevante também distinguir que a presente hipótese não cuida de redução de valor de vantagem de servidor público, caso em que, diferentemente deste, fica configurada a prestação de trato sucessivo, vez que não equivale à negação do próprio fundo de direito.

Na esteira do aqui decidido, vejamos precedente do E. Supremo Tribunal Federal:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – DECADÊNCIA – ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. O prazo decadencial alusivo à impetração começa a correr a partir da ciência do ato atacado e não da primeira supressão da parcela glosada pelo Tribunal de Contas da União."*.
> (MS 25985 AgR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-03 PP-00493 LEXSTF v. 31, n. 368, 2009, p. 181-184).

Sobre o tema, o i. *Ministro Gilmar Mendes*, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – RMS 26.642, em 12/11/2015, assentou que *"(...) a edição da Portaria n. 978, de 29.3.1996, configura* ***ato*** *específico e inequívoco da Administração que se concretizou com o desconto dos valores dos proventos/pensões dos impetrantes, a partir de janeiro de 1997. Assim, a fruição do prazo decadencial ocorreu, entre a data da supressão dos pagamentos decorrente da edição da mencionada portaria (janeiro de 1997) e a data da impetração (5.3.2004). Portanto, clara a ocorrência da decadência, porquanto ultrapassado o prazo de 120 (cento e vinte) dias (...)"*.

Este C. Órgão Especial também já se posicionou neste sentido:

"MANDADO DE SEGURANÇA. Pretensão a revogação de ato determi-

nativo de descontos nos vencimentos do impetrante. Prazo de 120 dias para impetração do mandamus, contado a partir da ciência do ato pelo interessado. Decadência. Ocorrência. Inteligência da Súmula 430, do E. STF – Precedentes – Extinção do mandamus. O prazo de decadência do direito de agir na ação mandamental começa a fluir a partir do momento em que o ato malsinado se torna eficaz, com a devida ciência daqueles por ele atingidos (RSTJ 147/56).”

(TJSP; Mandado de Segurança Cível 2053644-33.2014.8.26.0000; Relator: Luis Ganzerla; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 25/06/2014; Data de Registro: 27/06/2014)

E tais circunstâncias se equiparam a esta impetração.

Repita-se, houve, à evidência, ato concreto e inequívoco da autoridade apontada como coatora, em 06/04/2011, qual seja, o indeferimento do pedido de isenção com a determinação da realização dos descontos mensais (fl. 426).

O interessado, ora impetrante, tomou ciência da decisão com sua publicação em 07/06/2011 (fl. 431), sem que tenha se insurgido, administrativa ou judicialmente, até 12/07/2023, data da impetração do presente (fl. 01).

Como bem pontuou o i. Subprocurador-Geral de Justiça *Dr. Wallace Paiva Martins Junior*, *“a decisão impetrada negou a isenção pleiteada por entender que seu deferimento importaria lesão ao erário, gerando, por consequência, o parcelamento e o desconto mensal nos proventos. Tais descontos mensais não constituem obrigações de trato sucessivo como alega o impetrante, para o fim de propiciar a renovação do prazo decadencial a cada mês, já que consubstanciam tão somente o parcelamento do valor que deve ser ressarcido.”*

Portanto, não observado o prazo de 120 dias, contados da ciência do ato impugnado, previsto no artigo 23 da Lei nº 12.016/2009, cuja constitucionalidade, assentada na Súmula 632/STF (*“É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”*), foi recentemente reafirmada pela E. Suprema Corte (ADI 4.296), configurou-se a decadência.

Por derradeiro, registre-se que a decadência aqui reconhecida atinge apenas o direito do impetrante de manejar a ação mandamental, possuindo, como é cediço, as vias ordinárias para, se o caso, valer seu direito, conforme preceitua o artigo 19 da Lei nº 12.016/09.

Pelos motivos acima consignados, denego a segurança e julgo extinto o presente Mandado de Segurança Cível, nos moldes do artigo 23 da Lei nº 12.016/2009 c/c artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil.

Custas *ex lege*, sem condenação em honorários advocatícios, a rigor do disposto no artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2093287-80.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante FUNDAÇÃO DO ABC – HOSPITAL MUNICIPAL IRMÃ DULCE, é impetrado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, DENEGANDO-SE A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.519)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, 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, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 22 de novembro de 2023.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: – Mandado de segurança impetrado contra ato imputado ao Plenário do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – Alegação de ocorrência de prescrição do direito de ressarcimento ao erário – Liminar indeferida – Indeferimento do pedido de justiça gratuita – Determinação de comprovação do recolhimento das custas iniciais, no prazo de quinze dias, sob pena de indeferimento da inicial e extinção do processo – Interposição de agravo interno, ao qual foi negado provimento, com determinação para se aguardar o prazo estipulado para recolhimento da taxa judiciária – Decurso do prazo sem o devido recolhimento – Extinção do processo com fundamento no artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09, e artigos 321, parágrafo único, e 485, inc. I e IV, do Código de Processo Civil – Segurança denegada (artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009).

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela "Fundação do ABC" contra ato imputado ao "Plenário do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo", praticado no âmbito do processo TC-22339/026/12, que analisou a prestação de contas do exercício 2011 da Fundação impetrante, em relação ao "Contrato de Gestão e Operacionalização do Hospital Estadual Mário Covas", entabulado com o Governo do Estado de São Paulo, por conta de parcerias mantidas para gestão de equipamentos de saúde pública.

A impetrante diz que, em meados de 2012, após a entrega da prestação de contas do exercício 2011, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por sua Segunda Câmara, deu início à fiscalização do antes referido contrato e julgou as contas irregulares, condenando a impetrante a devolver ao erário estadual o montante de R$ 1.182.800,00, a partir do trânsito em julgado do v. acórdão, o que ocorreu em 13.12.22.

Afirma ser entidade civil sem fins lucrativos, instituída na forma das leis dos Municípios de Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul, cuja escritura de instituição foi lavrada às folhas 69 do livro nº 124 do Cartório de Ofício de Notas e Anexos da Comarca de Santo André, em 15.9.67, com personalidade jurídica de direito privado, e foi inscrita no Registro Público da Comarca de Santo André sob o nº 825, em 6.10.67, com prazo de duração indeterminado, tendo sua sede e foro na cidade de Santo André.

A impetrante destaca que é fundação pública de direito privado municipal, vinculada à Administração Pública Indireta, e é entidade filantrópica, sem fins lucrativos, que atua ao lado da Administração Pública Direta na execução de serviços de saúde "100% Sistema Único de Saúde".

Ressalta ser responsável por mais de 70% dos atendimentos públicos de saúde da região do Grande ABC, atuando na gestão de Unidades Básicas de Saúde – UBS's, Unidades de Pronto Atendimento – UPA's, Ambulatórios Médicos de Especialidades – AME's e nas maiores unidades hospitalares de referência da região, como o Centro Hospitalar Municipal de Santo André, o Complexo Hospitalar Municipal de São Caetano do Sul (composto pelos quatro hospitais do município), o Complexo Hospitalar Municipal de São Bernardo do Campo (também composto pelos quatro hospitais do município) e o Hospital Estadual Mário Covas, contando com a força de trabalho de mais de 27 mil funcionários, sendo que todas as unidades antes mencionadas são custeadas por meio de repasses públicos decorrentes dos convênios e contratos de gestão firmados com a Administração Pública Direta.

Assevera que tanto o Tribunal de Contas Paulista, quanto a Fazenda Estadual, por meio da Secretaria de Estado da Saúde, estão submetidos ao prazo prescricional de cinco anos, para exercer o direito de pleitear o ressarcimento

Acesso ao Sumário

ao erário.

Alega que essa tese já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no Tema 899, quanto no julgamento de diversos mandados de segurança, nos quais se questionava exatamente o prazo para o exercício da pretensão ressarcitória da Corte de Contas.

Afirma que, desde 2017, o STF reconhece que o controle exercido pelos Tribunais de Contas se sujeita integralmente à Lei nº 9.873/1999 e, em especial, ao prazo prescricional quinquenal nela previsto, que é o mesmo prazo estabelecido no Decreto Federal nº 20.910/1932.

De fato, julgado em abril de 2020, o Recurso Extraordinário nº 636.886 deu origem à Tese 899, de repercussão geral, pela qual restou assentado que *"É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas"*, de forma que o STF confirmou, como regra, a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento no âmbito dos Tribunais de Contas.

Aduz, ainda, que o Tribunal de Contas Estadual não pode estar alheio aos ditames da Corte Suprema, pois não exerceu a pretensão de determinação de devolução de valores no prazo de cinco anos contados da data dos alegados fatos, qual seja, da efetiva prestação de contas realizada em 2011 pela Fundação do ABC, ou mesmo da data de autuação do processo perante o TCE/SP, no início de 2012.

Diz que, como a decisão transitou em julgado em 13.12.22, o prazo prescricional se exauriu antes, em 2016, sendo, portanto, imperativa "a aplicação dos preceitos de Direito Público atinentes à estabilização dos atos administrativos por decorrência do transcurso do prazo qualificado pela legislação, notadamente a Lei Federal nº 9.873/1999, art. 1º, Decreto Federal nº 20.910/32, art. 1º e Lei nº 9.494/97, art. 1º-C." (*sic*, fl. 9), de forma que a prescrição deve ser reconhecida e a determinação de devolução de valores ao erário, estabelecida no v. acórdão, não poderá ser executada pela Secretaria de Saúde.

Subsidiariamente, alega que "também não escapa à prescrição quinquenal a pretensão ressarcitória da Fazenda Estadual no que tange ao pleito de devolução de valores pagos no âmbito do Contrato de Gestão referente ao Hospital Estadual Mário Covas no exercício de 2011." (*sic*, fl. 10), de forma que deve ser reconhecida a extinção da possibilidade do estabelecimento de glosas pela Secretaria de Estado da Saúde, evitando-se gastos desnecessários de tempo e verbas públicas para cobrança que será fatalmente reconhecida como inexistente.

Destaca, ainda, a ocorrência de prescrição intercorrente, porque o processo de prestação de contas perante a Corte de Contas Paulista permaneceu paralisado por mais de três anos, tendo em vista que, embora o recurso ordinário interposto pela Fundação impetrante contra o v. acórdão da Segunda Câmara do TCE/SP tenha sido protocolado em junho de 2015, o julgamento desse recurso só ocorreu em abril de 2022, publicando-se o acórdão em 1º.6.22, de forma que,

Acesso ao Sumário

entre os eventos processuais em questão, houve o transcurso de sete anos, prazo superior ao previsto no art. 1º, § 1º, da Lei Federal nº 9.873/1999 e no art. 8º da Resolução TCE nº 344, de 11 de outubro de 2022, para reconhecimento da ocorrência da prescrição intercorrente (fl. 15).

Liminarmente, a impetrante pediu que fossem "suspensos os efeitos do ato coator, impedindo qualquer (i) ato de cobrança em nome da Impetrante relativas à glosa fixada pelo TCE/SP no âmbito do TC-22339/026/12, bem como (ii) ato de inclusão da Fundação na relação de apenados elaborada pelo Tribunal de Contas e qualquer rol de devedores ou inadimplentes com o Estado em função da condenação decorrente do julgamento das contas do exercício de 2012 referente ao Contrato de Gestão do Hospital Estadual Mário Covas, até o julgamento final do presente *mandamus*." (fls. 20/21).

A impetrante formulou, ainda, pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, sustentando, em síntese, que, além de ser entidade filantrópica e de utilidade pública, é hipossuficiente financeiramente, não tendo condições de arcar com os custos do processo (fls. 21/25).

Os pedidos de concessão de liminar e de gratuidade foram indeferidos, pela decisão de fls. 81/88.

Pela mesma decisão, foi determinado à impetrante que, no prazo de quinze dias, comprovasse o recolhimento das custas iniciais, sob pena de indeferimento da inicial e extinção do processo (artigo 6º, *caput*, da Lei nº 12.016/09, e artigos 321 e 485, inc. I, do CPC (item 4).

A Fazenda Estadual pediu o seu ingresso no feito (fl. 91), o que foi deferido (fl. 94).

Contra a decisão que indeferiu os pedidos de concessão de liminar e de gratuidade foi interposto o agravo interno nº 2093287-80.2023.8.26.0000/50000 (fls. 97/112), ao qual foi negado provimento por este C. Órgão Especial, em 9.8.23, com determinação para se aguardar o prazo estipulado para recolhimento das custas iniciais (fls. 120/130).

O acórdão transitou em julgado em 11.9.23 (fl. 138) e, em 6.10.23, foi certificado o decurso do prazo sem o recolhimento (fl. 139).

É o relatório.

A petição inicial deve ser indeferida de plano, diante da ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, que impede o exame do mérito e determina a extinção do processo, nos termos do artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09, e artigos 321, parágrafo único, e 485, inc. I e IV, do Código de Processo Civil.

De fato, pela decisão de fls. 81/88, foi indeferido o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita e determinado à impetrante a comprovação do recolhimento das custas iniciais, no prazo de quinze dias, sob pena de indeferimento da inicial e extinção do processo.

Acesso ao Sumário

Contra essa decisão, como dito, a impetrante interpôs o agravo interno nº 2093287-80.2023.8.26.0000/50000 (fls. 97/112), ao qual foi negado provimento por este C. Órgão Especial, em 9.8.23, com determinação para que se aguardasse o prazo estipulado para recolhimento das custas iniciais, considerando a decisão proferida no Agravo em Recurso Especial nº 1.722.621/SP, em 23.9.22, pelo Em. Min. Raul Araújo, no sentido de ser inexigível o recolhimento da taxa judiciária até o julgamento do agravo interno (fls. 120/130).

A impetrante foi regularmente intimada e o acórdão transitou em julgado em 11.9.23 (fl. 138), a partir de quando foi contado o prazo para o recolhimento das custas, mas ela deixou o prazo escoar sem comprovação do recolhimento (fl. 139).

Assim sendo, a falta de recolhimento das custas iniciais determina que o processo seja extinto e a segurança, denegada, como vem reiteradamente decidindo este Colendo Órgão Especial:

"– Mandado de segurança impetrado por associação comunitária – Alegação de impedimento do exercício do direito de recorrer da decisão que rejeitou impugnação a lançamentos de IPTU dos anos de 2020 e 2021 – Liminar indeferida – Determinação de comprovação do recolhimento das custas iniciais, no prazo de quinze dias, sob pena de indeferimento da inicial e extinção do processo – Decurso do prazo sem o devido recolhimento – Pedido posterior de concessão dos benefícios da justiça gratuita – Ausência de prova de hipossuficiência – Eventual concessão da gratuidade que, por não operar efeito *ex tunc*, não afastaria a exigibilidade do recolhimento das custas iniciais nem a extinção do processo – Extinção do processo com fundamento no artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09, e artigos 321, parágrafo único, e 485, inc. I e IV, do Código de Processo Civil – Segurança denegada (artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009)." (Mandado de Segurança Cível 0006870-61.2023.8.26.0000, de minha relatoria, j. 21.6.23)

"Mandado de segurança – Impetração contra ato do Governador do Estado – Restrições impostas pelo Estado de São Paulo em razão da pandemia do coronavírus – Decreto nº 65.545, de 03 de março de 2021 – Liminar indeferida – Ausência de recolhimento da despesa referente à diligência do oficial de justiça – Hipótese de extinção do feito sem julgamento de mérito – Abandono da causa e falta de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo – Inteligência do art. 485, III e IV, do CPC – Impetrante que restou inerte mesmo após a intimação pessoal – Ausência de prejuízo em razão das alterações normativas que encerraram a quarentena no Estado de São Paulo – Segurança denegada, com fundamento no art. 6º, § 5º, da Lei Federal nº 12.016/2009 c/c art. 485, III e IV, do CPC." (Mandado de Segurança Cível 2045549-67.2021.8.26.0000, rel. Desª Luciana Bresciani, j. 27.5.22)

"MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração por Associação de Administradoras de Bens Imóveis e Condomínios pretendendo enquadrar

a atividade de suas associadas como essenciais, a despeito da pandemia do COVID-19. Ausência de recolhimento da diligência do oficial de justiça. Instada a impetrante a providenciar, quedou-se inerte. Falta de promoção dos atos e diligências de sua incumbência inviabiliza análise do *mandamus* pelo mérito (art. 485, III do CPC). Precedentes. Processo extinto, sem julgamento de mérito. Ordem denegada (art. 6º, § 5º da Lei nº 12.016/2009)." (Mandado de Segurança Cível 0016170-81.2022.8.26.0000, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 12.7.22)

"Mandado de segurança – Determinação de recolhimento das custas processuais – Não cumprimento do comando judicial – Extinção do feito, nos termos do art. 485, inciso III e parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil – Denegação da ordem – Inteligência do art. 6, § 5º, da Lei n. 12.016/2009." (Mandado de Segurança Cível 2070817-26.2021.8.26.0000, rel. Des. Ademir Benedito, j. 15.12.21)

"Mandado de segurança – Determinação de recolhimento das custas processuais – Não cumprimento do comando judicial – Extinção do feito, nos termos do art. 485, inciso III e parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil – Denegação da ordem – Inteligência do art. 6, § 5º, da Lei n. 12.016/2009." (Mandado de Segurança Cível 2066070-33.2021.8.26.0000, rel. Des. Ademir Benedito, j. 24.11.21)

"MS impetrado por academia para que realize suas atividades sem as restrições do Plano São Paulo. Não recolhimento de custas de diligência. Processo extinto. Ordem denegada. Artigo 485, CPC, c.c. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009." (Mandado de Segurança Cível 2063440-04.2021.8.26.0000, rel. Des. Soares Levada, j. 4.8.21)

"Mandado de segurança – Indeferimento do pleito de gratuidade da Justiça e determinação de recolhimento das custas processuais – Não cumprimento do comando judicial – Extinção do feito, nos termos do art. 485, inciso III e parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil – Denegação da ordem – Inteligência do art. 6, § 5º, da Lei n. 12.016/2009." (Mandado de Segurança Cível 2072781-88.2020.8.26.0000, rel. Des. Ademir Benedito, j. 5.5.21)

"MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração visando à autorização para advogados adentrarem unidades judiciárias do Estado de São Paulo sem prévia submissão a equipamento detector de metais. Indeferimento de pleito de gratuidade processual. Impetrante que quedou inerte após ser pessoalmente intimado para recolher as taxas judiciárias concernentes a essa ação mandamental. Denegação da Segurança (artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, c/c os artigos 102, parágrafo único, e 485, inciso III, ambos do Código de Processo Civil)." (Mandado de Segurança Cível 2233204-90.2018.8.26.0000, rel. Des. Geraldo Wohlers, j. 4.3.20)

"AGRAVO INTERNO. Mandamus extinto, sem julgamento de mérito, em razão da falta de recolhimento da diligência do Oficial de Justiça. Comprovação do recolhimento trazida somente com a oposição dos embargos de declaração, sem qualquer justificativa da demora. Desne-

Acesso ao Sumário

cessidade de intimação pessoal. Inocorrência de violação a princípios constitucionais. Recurso não provido." (Agravo Interno Cível 2149227-69.2019.8.26.0000/50002, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 19.2.20)

De resto, não custa anotar que tudo indica a decadência do direito à impetração, considerando-se que, segundo a própria impetrante, o trânsito em julgado do acórdão prolatado no processo TC-22339/026/12 ocorreu em 13.12.22 – data em que a condenação passou a ser exequível –, mas o presente mandado de segurança só foi ajuizado em 20.4.23 (fl. 1), de forma que, em tese, a impetração veio além do prazo decadencial de cento e vinte dias previsto no art. 23 da Lei nº 12.016/2009, causa suficiente para que o processo não pudesse prosperar.

Ademais, mandado de segurança não pode ser admitido como sucedâneo recursal. De fato, decisões contrárias ao interesse da parte não são passíveis de correção por intermédio de mandado de segurança, incumbindo ao interessado valer-se, no tempo e modo devidos, da via processual adequada à defesa dos seus interesses, só lhe sendo dado socorrer-se do mandado de segurança se e quando o ato impugnado for manifestamente ilegal, abusivo ou teratológico e eventual recurso interposto contra ele não tiver aptidão, por si só, para obstar de pronto a ofensa a direito líquido e certo.

No caso, como visto, a própria impetrante informa ter acompanhado o processo perante o Tribunal de Contas e interposto recursos contra as decisões nele proferidas, até o trânsito em julgado, de forma que eventual alegação de ocorrência de prescrição poderia e deveria ter sido deduzida naquele processo, não sendo admissível a arguição em mandado de segurança, com a clara intenção de se obter, por via transversa, o afastamento de condenação imposta pelo Tribunal de Contas por decisão que transitou em julgado.

Além disso, não se poderia admitir que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça examinasse questão que diz respeito ao mérito – prescrição – do procedimento que analisou as contas da impetrante, já que o Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Poder Legislativo e a revisão da questão pelo Poder Judiciário importaria violação ao princípio da separação dos poderes.

Em suma, por qualquer ângulo que se analise a questão, a impetração não poderia prosperar.

Diante do exposto, denega-se a segurança e julga-se extinto o processo, com base nos artigos 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, e 485, inc. I e IV, do Código de Processo Civil. Custas *ex lege*. 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.

Acesso ao Sumário

Representações Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2271058-45.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é representado (...) (PROMOTOR DE JUSTIÇA).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECONHECERAM A DECADÊNCIA E JULGARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.173)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, 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, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 22 de novembro de 2023.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE FORMULADO PELA D. PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA. PROMOTOR DE JUSTIÇA ENVOLVIDO EM ACIDENTE DE TRÂNSITO QUE RESULTOU EM LESÕES CORPORAIS LEVES NA VÍTIMA. CONDUTA ENQUADRADA, EM TESE, NO TIPO PENAL PREVISTO NO ARTIGO 303 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (LEI Nº 9.503/97). TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL DE REPRESENTAÇÃO (À LUZ DOS ARTIGOS 38 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E 103 DO CÓDIGO PENAL). EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, NOS TERMOS DOS ARTIGOS 3º, II, DA LEI Nº 8.038/90 E 107, IV, DO CP. PRECEDENTES DESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de expediente originado do boletim de ocorrência nº HC7910-1/2022, lavrado no Distrito Policial da Comarca de Queiroz/SP, em decorrência de fatos imputados ao Promotor de Justiça dr. (...) que configuram, em tese, o crime previsto no artigo 303 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro).

Segundo consta, em 23/09/2022, por volta das 15h50min., na Rodovia SP 383, altura do km 23, no Município de Queiroz/SP, o mencionado representante do Ministério Público se envolveu em acidente automobilístico, o qual provocou lesões corporais leves em (...).

A d. Procuradoria Geral de Justiça alega que houve o transcurso do prazo decadencial para oferecimento de representação, razão pela qual postula, com fundamento nos artigos 3º, II, da Lei n° 8.038/90, 103 e 107, IV, do CP, a decretação da extinção da punibilidade.

É o relatório.

Os fatos narrados no boletim de ocorrência se amoldam ao tipo penal previsto no artigo 303 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), delito este de ação penal pública condicionada, consoante previsão expressa contida no artigo 291, § 1º, do mesmo diploma legal[1].

Em 03/01/2023, a vítima foi advertida sobre o prazo de seis meses para oferecer representação criminal (fl. 43).

Tal prazo decadencial (estabelecido nos artigos 38 do CPP e 103 do CP) expirou em 22/03/2023 sem a apresentação de representação.

Nesse cenário, inafastável o reconhecimento da extinção da punibilidade do autor dos fatos, nos termos do artigo 107, IV, do Código Penal.

.Sobre o tema, a jurisprudência deste C. Órgão Especial:

> "INQUÉRITO POLICIAL. JUIZ DE DIREITO. INVESTIGAÇÃO SOBRE EVENTUAL PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 147-A DO CÓDIGO PENAL. (PERSEGUIÇÃO). EVIDENCIADA A DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO. PRECEDENTES. PUNIBILIDADE EXTINTA (ARTIGOS 103 E 107, INCISO IV, DO CP)" (INQUÉRITO POLICIAL Nº 0007926-66.2022.8.26.0000, rel. Francisco Casconi, j. em 19/10/2022).

1 Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.705, de 2008)

I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

II – participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

III – transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora). (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

Acesso ao Sumário

"1. EXPEDIENTE ENCAMINHADO POR AUTORIDADE POLICIAL. BOLETIM DE OCORRÊNCIA EM QUE NOTICIADA POSSÍVEL PRÁTICA DE CRIMES DE INJÚRIA E AMEAÇA. 2. CRIMES EM QUE SE PROCEDE APENAS MEDIANTE QUEIXA OU REPRESENTAÇÃO. INÉRCIA DO OFENDIDO PELO PRAZO SUPERIOR ÀQUELE PREVISTO NO ART. 103 DO CÓDIGO PENAL. 4. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 107, IV, DO CÓDIGO PENAL. 5. PUNIBILIDADE DECLARADA EXTINTA, DETERMINADO O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS" (Inquérito Policial nº 0046277-45.2021.8.26.0000, rel. Campos Mello, j. em 06/09/2022).

"INQUÉRITO POLICIAL Entrevista realizada por Rádio da Cidade de Monte Mor/SP, via telefone, com Deputado Estadual – Suposta prática de crime contra a honra – Apuração de crimes contra a honra que se dá mediante ação penal privada – Queixa ou representação que deve ser exercida no prazo de 6 (seis) meses, sob pena de decadência do direito, nos termos do art. 38, do Código de Processo Penal – Decadência reconhecida – Precedentes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, com fundamento no art. 107, inciso IV, do Código Penal" (Crimes de Calúnia, Injúria e Difamação de Competência do Juiz Singular nº 0038254-13.2021.8.26.0000, rel. Élcio Trujillo, j. em 27/07/2022).

Ante o exposto, reconhecida a decadência do direito de representação, julgo extinta a punibilidade de (...), com fulcro nos artigos 3º, II, da Lei nº 8.038/90 e 107, IV, do Código Penal, arquivando-se os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2301688-84.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são representados PROMOTOR DE JUSTIÇA DE (...) (PROMOTOR DE JUSTIÇA) e (...) (PROCURADOR DE JUSTIÇA).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.134)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MÁRCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS

Acesso ao Sumário

MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 6 de dezembro de 2023.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Representação criminal – Promotor de Justiça e Procurador de Justiça – Promoção de arquivamento por parte da D. Procuradoria Geral de Justiça, pelo entendimento de que a representação tem como objeto a atuação processual dos integrantes do Ministério Público do Estado de São Paulo, protegida pela garantia de independência funcional – Análise dos processos judiciais nos quais oficiam os representados que levou a d. Procuradoria a concluir pela ausência de atuação com má fé ou intuito de prejudicar o representante ou de aplicar a lei de forma injusta que pudesse autorizar a deflagração de procedimento de investigação criminal em face das autoridades representadas – Acolhimento – Irrecusabilidade do pedido de arquivamento – Jurisprudência pacífica do E. Supremo Tribunal Federal e deste C. Órgão Especial – Representação arquivada.

VOTO

Cuida-se de representação criminal formulada por (...) em face do "Promotor de Justiça de (...)" e do Procurador de Justiça (...), questionando a ausência de investigações para apuração da conduta de ex-Prefeitos do Município de (...), que supostamente fariam parte de um "esquema" prejudicial ao Erário. Reporto-me aos termos do relatório da d. Procuradoria, que bem resume o teor da representação copiada nas fls. 9/30:

Segundo o representante, nos autos (...) "o Promotor oficiante, ao citar o depoimento de (...), relatou na denúncia a denúncia da participação de dois prefeitos no 'esquema' que segundo ele resultou em prejuízo criminoso ao erário público. Foram juntadas autorizações firmadas pelos ex-prefeitos para que funcionário da prefeitura recebesse complementação de salário, diretamente da empresa que prestava serviços para a municipalidade, mas, apesar de ter sido criminalizada essa conduta os prefeitos não foram investigados e tampouco processados. Na verdade, o Promotor que não os investigou, quando por nós incessantemente instado, respondeu que não existia 'justa causa' para acusá

-los. Pretendemos com o pedido, que seja analisado se a conduta da acusação reflete a verdade dos autos e que sejam feitas as investigações necessárias para o verdadeiro esclarecimento dos fatos que permaneceram intangíveis, porque se essas provas surgirem, por certo poderão ser aproveitadas pelo requerente, até mesmo numa revisão criminal, caso venha a ser condenado definitivamente, uma vez que na qualidade de representante legal da empresa que pagou os médicos, estava, apenas, agindo em consonância com as determinações autorizadas pelos ex-prefeitos. Frisa-se, pelo que colhemos nos autos, os ex-prefeitos NÃO foram investigados ou processados, e essa afirmação levou o I. Procurador de Justiça subscritor do parecer ora juntado, a aduzir no seu parecer, talvez porque tenha sido levado a engano que: 'Além disso, mesmo em relação aos investigados/processados que ostentaram, por algum período, o direito ao foro especial por prerrogativa de suas funções – não é o caso dos apelantes deste processo – uma vez cessada tal condição, por força do término do mandado de Prefeito, perde-se o direito a tal foro especial, de modo que o processo e seu julgamento tornam à primeira instância'.

O representante assevera que comunicou os fatos ao Ministério Público, mas ainda assim não foram adotadas as devidas providências em face de irregularidades na contratação da empresa COMED pela Prefeitura Municipal de Sertãozinho e manifesta sua indignação pela 'inação' do Ministério Público. Aduz que sofreu sérios prejuízos diante dos fatos, porque sofreu condenação criminal a doze anos de reclusão quando na realidade apenas atendeu a ordem do Prefeito Municipal, que não foram processados porque o Promotor de Justiça (...) manifestou-se no sentido de que 'não existia justa causa'.

A D. Procuradoria Geral de Justiça requereu o arquivamento do feito, pelo entendimento de que a representação tem como objeto a atuação processual dos integrantes do Ministério Público do Estado de São Paulo, protegida pela garantia de independência funcional, aduzindo que da análise dos processos judiciais referidos *"... não foi possível depreender qualquer atuação de má fé ou com intuito de prejudicar o representante ou de aplicar a lei de forma injusta que pudesse autorizar a deflagração de procedimento de investigação criminal em face das autoridades representadas"* (fls. 1/8).

Intimada a d. Procuradoria Geral de Justiça a comprovar o decurso do prazo previsto no artigo 117 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 481), sobreveio manifestação instruída com os documentos em questão (fls. 486/489).

É o relatório.

Ante a promoção de arquivamento, motivada pela ausência de indícios de que a atuação funcional dos representados pudesse configurar prática ilícito penal, e a ausência de recurso em face de tal ato, é de rigor o arquivamento do feito, dado o caráter vinculante do posicionamento do *Parquet*, conforme jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal e deste C. Órgão Especial, a qual abaixo colaciono:

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.

(STF; Inq 1604 QO, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2002, DJ 13-12-2002 PP-00092 EMENT VOL-02095-01 PP-00162)

REPRESENTAÇÃO CRIMINAL. SENADOR DA REPÚBLICA. CRIME ELEITORAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE TIPICIDADE A JUSTIFICAR A PERSECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DOS AUTOS PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA: IRRECUSABILIDADE. PRECEDENTES. ARQUIVAMENTO DETERMINADO.

(STF; Pet nº 5224, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, DJE 25/05/2015).

3. A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que inviável a recusa a pedido de arquivamento de inquérito ou de peças de informação deduzido pelo próprio Chefe do Ministério Público quando ancorado na ausência de elementos à formação da necessária opinio delicti.

Em tal caso impõe-se o acolhimento de promoção do Procurador-Geral da República. É o norte que emerge de reiterados precedentes, dentre os

Acesso ao Sumário

quais, v.g., a Pet. 2.509, AgR/MG, Plenário, maioria, DJ 25/06/2004, Rel. Min. Celso de Mello, o Inq. 3.543/MA, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 05/12/2012, e a PET 5566/RJ, de minha relatoria, DJE 5/8/2015.

4. Apenas em duas hipóteses este Supremo Tribunal Federal reputa cabível a apreciação do mérito do pedido de arquivamento do inquérito formulado pelo Procurador-Geral da República, a saber, a de atipicidade da conduta e extinção da punibilidade. E isso porque, relativamente a elas, operam-se os efeitos da coisa julgada material, conforme ressalta o Plenário desta Corte Suprema no inquérito nº 1.604/AL, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, em acórdão assim ementado:

(...)

4. Nessa esteira, estando, na espécie, a Procuradora-Geral da República a sustentar a ausência de justa causa para o prosseguimento das investigações à compreensão de que "(...) não é possível se estabelecer liame subjetivo entre a conduta do vereador Teixeira Marcos, proprietário do veículo, e do parlamentar [Deputado Federal Wellington Coimbra], então candidato, na realização da propaganda extemporânea", impõe-se o arquivamento requerido, inexistindo excepcionalidade que justifique sindicalizar a opinio delicti do titular da ação penal.

5. Ante o exposto, forte nos artigos 21, XV, e 231, § 4º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, e no art. 3º, I, da Lei nº 8.038/90, acolho a promoção de arquivamento em relação aos fatos descritos neste apuratório (...)

(STF; Pet n.º 7.201, Rel. Ministra ROSA WEBER, DJE 19/11/2017).

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. (Representação Criminal/Notícia de Crime n.º 2201416-53.2021.8.26.0000; Relator: Campos Mello; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo; Data do Julgamento: 29/09/2021; Data de Registro: 01/10/2021).

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. (Representação Criminal/Notícia de Crime n.º 2152000-19.2021.8.26.0000; Relator: Damião Cogan; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo; 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. (Representação Criminal/Notícia de Crime n.º

Acesso ao Sumário

2121345-64.2021.8.26.0000; Relator: Claudio Godoy; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo; Data do Julgamento: 07/07/2021; Data de Registro: 08/07/2021).

Logo, impõe-se o acatamento do requerimento do *Parquet*.

Ante o exposto, acolho o requerimento formulado pela D. Procuradoria Geral de Justiça e determino o arquivamento dos autos, com fulcro no artigo 3.º, inciso I, da Lei Federal n.º 8.038/1990.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2172112-38.2023.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que são agravantes R.B.F. e R.V.S.F., são agravados P.C.B. e R.T.N.

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 35.765)**

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, 13 de novembro de 2023.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Ação de Adoção, com pedido de liminar de guarda provisória – Agravantes que se insurgem contra decisão interlocutória que indeferiu o pedido de guarda provisória – Não cabimento – Genitores drogaditos – Desinteresse verificado pela família extensa – Medida que visa o melhor interesse e proteção integral da infante – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por R.B.F. e outra contra a r. decisão de fls. 20/21, autos de origem, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara do Júri/Exec./Inf. Juv. do Foro de Americana, que, em ação de adoção, indeferiu o pedido liminar de guarda provisória de sua sobrinha V.V.N.B. (nascida em (...)).

Aduzem os agravantes, em síntese, que a decisão do julgador de primeiro grau não atendeu ao interesse da criança, considerando que a guarda familiar prefere à guarda institucional; que V.V.N.B. já possui vínculos com a família

Acesso ao Sumário

biológica; que não a acolheram de imediato por existir interesse da guarda pelas avós e também por terem sido desaconselhados no Conselho Tutelar, visto que o genitor é pessoa drogadita, extremamente violenta e que poderia adentrar em sua casa, em qualquer horário, para ver a criança; que a casa de acolhimento impediu a visitação à V.V.N.B., bem como não deu informações sobre o novo local em que a criança se encontrava; que a probabilidade do direito está evidenciada nos autos; que há perigo de dano, tendo em vista que sua sobrinha se encontra institucionalizada sem que haja necessidade.

Indeferida a liminar (fls. 11/13), e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 24/26).

É o relatório.

O presente agravo de instrumento, por ora, não comporta provimento.

Consta dos autos a Guarda Municipal recebeu a denúncia de que o casal requerido fazia uso de drogas com uma criança no colo, o Conselho Tutelar foi acionado e a infante foi acolhida em abrigo. A infante permaneceu 01 ano no abrigo, sem qualquer contato com familiares, ausente qualquer condição de manutenção da infante na família natural e inexistente família extensa que pudesse acolhê-la.

A propósito, como bem anotado pelo Ministério Público, *"Não bastasse isso, como bem delineado a fls. 11/13: os agravantes fizeram declaração de próprio punho, à fl. 81 da ação de acolhimento n. 1008471-62.2022, de que não possuíam interesse em ter a criança em seu seio familiar. O agravante R., inclusive, afirmou que não queria se envolver em situações que colocassem a sua família em risco.*

Ademais, como bem fundamentado na r. decisão hostilizada, *in verbis*:

"Ao revés, consta afirmação do autor R, irmão do genitor da criança, que não possuía interesse e vínculos com a família (considerando que construiu sua família e tem emprego formal, Sr. R afirma não querer se envolver em situações que colocam sua família em risco, fls.31/42 da execução do acolhimento nº (...)), além de instruir a ação de acolhimento declaração escrita a próprio punho com esse teor, de maneira expressa, por ambos os autores (fl. 81 ação de acolhimento nº (...)). A suspensão do poder familiar dos genitores, nessa esteira, foi promovida após longo período de acolhimento da criança, sem viabilidade de reintegração familiar, incluindo-se, nas intervenções com a família, a busca pelos autores desta ação, porém, sem êxito naquela oportunidade." (fls. 20/21).

Destarte, os genitores foram destituídos do poder familiar, conforme consta nos autos de Destituição do Poder Familiar nº (...) (fls. 279/283).

Outrossim, a infante encontra-se em estágio de aproximação com uma pretendente à adoção, com vinculação positiva.

Incensurável, portanto, a r. decisão interlocutória.

Nesse sentido, já se manifestou esta Colenda Câmara:

Acesso ao Sumário

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL C.C. PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. TUTELA DE URGÊNCIA. ENTREGA IRREGULAR DE MENOR A TERCEIROS. ADOÇÃO À BRASILEIRA. Decisão agravada que concedeu a tutela antecipada para determinar o acolhimento institucional da infante, que havia sido entregue irregularmente aos agravantes por sua genitora. Irresignação dos guardiões de fato. Desacolhimento. Guarda fática exercida com o nítido intento de burlar o Cadastro Nacional de Adoção. Ausência dos requisitos do art. 50, §13, do ECA. Infante que permaneceu poucos meses sob os cuidados dos recorrentes. Inexistência de formação de vínculo afetivo. Observância do princípio do melhor interesse da criança. Casal pretendente à adoção, previamente cadastrado, que já aceitou iniciar o estágio de convivência com a infante. Decisão acertada. Recurso desprovido" (Agravo de instrumento nº 2077646-57.2020.8.26.0000, Relatora Doutora Daniela Maria Cilento Morsello, j. 30.09.2020).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Estatuto da Criança e do Adolescente. Cautelar de Acolhimento Institucional com Busca e Apreensão. Criança entregue de forma irregular a terceiros, pela genitora, para fins de adoção. Ação proposta pelo Ministério Público em face da burla ao cadastro de adotantes. Ausência de quaisquer das hipóteses previstas em lei (artigo 50, § 13, do ECA). Liminar de busca e apreensão deferida. Cabimento. Situação irregular que não se convalidou pelo decurso do tempo, devido ao curto período de convivência com os guardiões de fato. Ausência de graves prejuízos ao infante evidenciada no relatório técnico da instituição de acolhimento. Acolhimento que deverá ser provisório. Medida que melhor se coaduna com o superior interesse do infante. Decisão mantida. Recurso desprovido" (Agravo de instrumento nº 2042612-55.2019.8.26.0000, Relatora Doutora Dora Aparecida Martins, j. 29.07.2019).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de Acolhimento Institucional – Decisão agravada proferida a fl. 54/60 dos autos de origem – Determinação de busca e apreensão da criança A.V., determinando o seu acolhimento institucional – Alegação de desacerto da decisão agravada – Agravantes que sustentam, em suma, a permanência da criança em lar substituto que foi escolhido tanto pela mãe biológica como pela avó materna. Observado acerto da decisão agravada – Suspeitas de possível burla no cadastro de adoção – Apuração de irregularidade na entrega da guarda da infante ao casal agravante – Expedição de mandado de busca e apreensão com fins de acolhimento – Medida que se mostra adequada para fazer cessar a condição de risco à infante – Medida deferida com

Acesso ao Sumário

base nas suspeitas de burla ao cadastro de adotantes, ante a propositura de Ação de Adoção pelos agravantes, mesmo não sendo eles inscritos como candidatos – Submissão à condição de risco evidenciada pela situação irregular da criança, ante à aparente inexistência de hipótese do art. 50, § 13, ECA – Determinações legitimadas pelos arts. 98, II, 101, VII e § 1º, do ECA. Agravo não provido" (Agravo de instrumento nº 2223992-45.2018.8.26.0000, Relator Doutor Renato Genzani Filho, j. 8.04.2019).

Pelo exposto, **nega-se** provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1116475-81.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante R.ET.R.S.A., é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DA C.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anularam, de ofício, a r. sentença recorrida, tão somente, no tocante à condenação da apelante à obrigação de fazer e negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente a advogada Drª. Tatiana Roberta Tiburcio. Fez uso da palavra a representante do Ministério Público, Procuradora Dra. Lidia Helena Ferreira da Costa dos Passos.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.363)**

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, 23 de outubro de 2023.

DANIELA CILENTO MORSELLO, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. REPRESENTAÇÃO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ARTIGO 247 DO ECA. DIVULGAÇÃO EM PROGRAMA TELEVISIVO DE ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRACIONAL.

1. Sentença que julgou procedente o pedido ministerial e condenou o requerido ao pagamento de multa

no valor equivalente a quarenta salários de referência e R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização pelos danos morais difusos. Irresignação do representado.

2. Intimação da 5ª Promotoria de Justiça de Paranavaí. Prescindibilidade. Todas as provas necessárias à formação do convencimento judicial já estão acostadas aos autos. Cerceamento de defesa não caracterizado.

3. Incompetência da Justiça Estadual do Estado de São Paulo afastada. Demanda ajuizada no local da sede da emissora de televisão que veiculou a reportagem. Inteligência do art. 209 do ECA. Proteção de direitos difusos de crianças e adolescentes. Dano que não se restringe ao local em que as imagens indevidamente divulgadas foram captadas.

4. Julgamento ultra petita reconhecido de ofício. Condenação da apelante à obrigação de fazer que é despicienda, porquanto ninguém pode se escusar de cumprir a lei, ex vi do disposto no artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

5. Programa televisivo que divulgou em rede nacional e sites da internet vídeo que permitia a identificação do adolescente. Infração administrativa que tem como sujeito ativo qualquer pessoa que divulgue fotos ou identifique, em publicação, menor que tenha praticado ato infracional.

6. Artigo 143 do ECA que prevê o resguardo do direito à intimidade dos jovens, vedando a veiculação de qualquer informação que possa permitir a identificação direta ou indireta do menor ao qual se atribua a prática de ato ilícito. Exceção ao princípio da publicidade. Inteligência do artigo 5º, LX, da Constituição Federal.

7. Violação do direito da personalidade da adolescente que está em condição peculiar de desenvolvimento da personalidade, a fim de que não seja estigmatizada socialmente. Aplicação da sanção administrativa insculpida no artigo 247, § 1º do ECA que não pressupõe dolo ou culpa grave. Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Valor da penalidade que deve ser

Acesso ao Sumário

mantida, ante a reiteração da conduta da apelante em divulgar indevidamente a imagem de menores.
8. Liberdade de imprensa que não pode ser invocada quando há inequívoca vulneração de direitos fundamentais. Conduta da recorrente que atinge valores da sociedade. Danos sociais devidos.
9. Sentença anulada, de ofício, no tocante à condenação da apelante à obrigação de fazer e recurso de apelação desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 442/447), cujo relatório se adota, que julgou procedente a pretensão formulada pelo Ministério Público, condenando o réu ao pagamento de multa no valor de quarenta salários de referência, por infração ao artigo 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente e indenização por danos morais difusos, arbitrada em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), valores que devem ser destinados ao Conselho Municipal de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, devendo a requerida, ainda, dar conhecimento do fato a seus funcionários, editores e jornalistas responsáveis pela sua programação.

Sustenta o apelante, em síntese, que houve cerceamento de defesa e prejuízo aos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que foi pleiteada a intimação da 5ª Promotoria de Justiça de Paranavaí, que apresentou representação judicial contra o prefeito, pois existia nítida conexão entre os feitos. Argui a incompetência territorial, uma vez que o fato configurador em tese da infração administrativa ocorreu na cidade de Paranavaí, Estado do Paraná. Alega também que o feito deveria permanecer suspenso até o julgamento da ação indenizatória que tramita perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Paranavaí. Quanto ao mérito, aponta não ter ocorrido qualquer ato ilícito, especialmente por não ter havido culpa por parte do agente e não ter sido demonstrado o dano, inexistindo nexo de causalidade entre a conduta da apelante o os prejuízos suportados pelo menor, além de não ter sido violada sua intimidade, tratando-se de reportagem de notório interesse público. Postula o provimento do recurso a fim de que seja anulada a sentença e, subsidiariamente, a improcedência da representação ou a redução do *quantum* indenizatório (fls. 479/519).

Apresentadas contrarrazões (fls. 528/553), a Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 561/564).

É o relatório.

A preliminar de cerceamento de defesa não merece guarida.

Como é cediço, incumbe ao juiz, na qualidade de destinatário das provas que formarão o seu convencimento, determinar a realização daquelas que se

Acesso ao Sumário

revelem pertinentes e necessárias para o desate da controvérsia posta nos autos, indeferindo as diligências inúteis ou protelatórias, consoante previsto no artigo 370 do Código de Processo Civil.

Consoante o escólio de **VITOR DE PAULA RAMOS**, *"por necessária deve-se entender aquela prova que tiver aptidão para, em tese, fazer com que um fato que faz parte do mérito da causa seja mais ou menos provável do que seria sem a prova. Será admissível a prova que, ao mesmo tempo, for pertinente e relevante – pertinente será aquela prova que disser respeito ao mérito da causa, e relevante aquela que tiver o condão em tese, de alterar o resultado do julgamento"* (*Código de Processo Civil Anotado*, Coordenador JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e OUTROS, GZ Editora, Rio de Janeiro, 2016, p. 534).

A propósito também leciona, com acuidade, **JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE**: *"Ninguém melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. Como ele é destinatário dela, pode avaliar quais os meios de que necessita para formação de seu convencimento. Nessa medida, e considerando o escopo da atividade jurisdicional, a colheita de elementos probatórios interessa tanto ao juiz quanto às partes"*. (*Poderes Instrutórios do Juiz*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 17).

No mesmo diapasão é consolidado o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. JUIZ É O DESTINATÁRIO DA PROVA. OUTROS ELEMENTOS. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O deferimento de provas é ato próprio do magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo, não caracterizando, tal ato, cerceamento de defesa. (AgRg no AREsp 1.092.236/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 27/06/2017, DJe 01/08/2017). 2. Não cabe a este Superior Tribunal de Justiça avaliar, frente às demais provas coligidas aos autos, se determinada prova pericial é ou não imprescindível no caso concreto. Tal proceder violaria a Súmula n. 7/STJ. 3.Agravo regimental desprovido"*. (AgRg no AREsp nº 1.421.534/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 14.05.2019, DJe 20.05.2019).

No caso *sub judice*, despicienda a intimação da 5ª Promotoria de Justiça de Paranavaí, para obtenção de cópias da representação judicial ofertada contra o prefeito (...), uma vez que todos os documentos necessários ao julgamento da demanda já foram acostados aos autos.

Ademais, não há que se cogitar na aventada incompetência territorial para

Acesso ao Sumário

apuração e julgamento da infração administrativa.

Isto porque, embora os fatos tenham ocorrido na cidade de Paranavaí, no Estado do Paraná, o programa que veiculou a informação a respeito do adolescente infrator foi produzido e transmitido pela apelante, cuja sede está localizada no Estado de São Paulo, respeitando-se, portanto, a regra de competência insculpida no artigo 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De resto, em se tratando de aplicação de penalidade em razão da prática de atos que caracterizam infração administrativa, o que se busca é a tutela dos direitos difusos das crianças e adolescentes, de forma que absolutamente irrelevante a circunstância dos fatos terem ocorrido no Município de Paranavaí.

Outrossim, inexistente a alegada conexão deste feito com a ação indenizatória ajuizada pelo menor perante a Comarca de Paranavaí, porquanto a presente ação civil pública visa à condenação do réu às penas previstas no artigo 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente e à indenização por danos sociais, enquanto a ação promovida pelo menor busca a reparação dos danos pessoais por ele sofridos.

Cumpre frisar, por oportuno, que deve haver correlação entre a tutela jurisdicional concedida e o pleito inaugural, vinculando-se o magistrado aos seus limites subjetivos e objetivos, nos termos insculpidos nos artigos 141 e 492 do Código de Processo Civil.

Por via de consequência, essa norma, inspirada em razões sistemáticas e político-constitucionais, veda a prolação de sentenças que, no todo ou em parte, estejam embasadas em elementos não constantes da demanda, como ocorre com as decisões *extra* ou *ultra petita*.

Segundo o escólio de **CÂNDIDO RANGEL NASCIMENTO**, *"a regra ne eat judex ultra vel extra petita partium é filha do nemo judex sine actore, porque na parte extrapolante à demanda o juiz estaria decidindo sem a indispensável iniciativa de parte (CPC, art.2º – supra, n.534). Ir fora da demanda (decisão extra petita) significa (a) decidir para outras pessoas, por outros fundamentos ou com relação a outro objeto, em vez daqueles que a demanda indicou, ou (b) englobar as partes e mais outras pessoas ou valer-se dos fundamentos postos e mais outros, ou incluir o bem pedido e mais algo"* (Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, Malheiros Editores, 7ª ed., p. 326).

A propósito da vinculação aos limites subjetivos e objetivos deduzidos na demanda, leciona **NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:** *"**Pedido e sentença. Princípio da congruência.** Deve haver correlação entre pedido e sentença (CPC 492; CPC/1973 460), sendo defeso ao juiz decidir aquém (citra ou infra petita), fora (extra petita) ou além (ultra petita) do que foi pedido, se para isto a lei exigir a iniciativa da parte. Caso decida com algum dos vícios apontados, a sentença poderá ser corrigida por embargos de declaração, se citra ou infra petita, ou por recurso de apelação, se tiver sido*

proferida extra ou ultra petita. Por pedido deve ser entendido o conjunto formado pela causa (ou causae) petendi e o pedido em sentido estrito. A decisão do juiz fica vinculada à causa de pedir e ao pedido. Como as questões de ordem pública não necessitam ser deduzidas em juízo, pois o juiz deve conhecê-las de ofício, não se pode falar em decisão extra ou ultra petita, quando não se encontram expressas no pedido e o juiz, nada obstante, sobre elas se pronuncia. O princípio da congruência entre pedido e sentença não incide sobre as matérias de ordem pública. V. coment. CPC 492." (Código de Processo Civil Comentado – 3ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 511).

Neste diapasão, ainda que o magistrado, em matéria infantojuvenil, possua maior flexibilidade para exercer o poder geral de cautela, visando à proteção integral do menor, não pode compelir o representado a uma obrigação de fazer, quando ausente pleito expresso nesse sentido.

Mesmo porque a imposição de sanções pecuniárias já se mostra suficiente ao escopo almejado que é o desestimulo a condutas semelhantes.

Nessa senda, a condenação da apelante à obrigação de dar conhecimento a seus funcionários, editores e jornalistas responsáveis pela sua programação, a respeito do teor da sentença proferida nos autos desta ação civil pública, revela-se despicienda, porquanto ninguém pode se escusar de cumprir a lei, *ex vi* do disposto no artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Todavia, conquanto caracterizado o julgamento *ultra petita*, não é o caso de se anular integralmente a r. sentença recorrida, mas tão somente de se afastar o que foi decidido além do pedido, consoante entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *"Na hipótese de o julgamento ter conferido ao autor coisa além da pedida, (sentença ultra petita) não há necessidade de se invalidar o ato jurisdicional em sua totalidade, bastando, para que haja a readequação ao princípio da congruência, seja o comando sentencial reduzido ao âmbito do pedido formulado pelas partes"* (REsp 1741681/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 23.10.2018, DJe 26.10.2018).

No que concerne ao mérito, a tutela geral dos direitos de personalidade está alicerçada no mandamento constitucional insculpido no artigo 5º, X, da Carta Magna, ao preconizar que *"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"*.

O artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, proclama a abrangência dos direitos fundamentais da pessoa humana à criança e ao adolescente, vinculados à "proteção integral".

Os menores de dezoito anos de idade possuem, portanto, uma verdadeira hiperdignificação da sua vida, de modo a superar quaisquer entraves eventualmente existentes na legislação ordinária para limitar ou disciplinar o gozo de

Acesso ao Sumário

seus bens e direitos.

Sobre o tema, leciona **GUILHERME DE SOUZA NUCCI:** *"um dos princípios exclusivos do âmbito da tutela jurídica da criança e do adolescente é o da proteção integral. Significa que, além de todos os direitos assegurados aos adultos, afora todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescentes disporão de um plus, simbolizado pela completa e indisponível tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento. 'A melhor exegese que se aplica à concepção dos princípios é a de que são standards que impõem o estabelecimento de normas específicas. Violar um princípio implica ofensa ao mandado específico como a todo o sistema de comandos por ele embasado' (Hélia Barbosa, A arte de interpretar o princípio do interesse superior da criança e do adolescente à luz do direito internacional dos direitos humanos, p. 18). A proteção integral é princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF) levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos. Possuem as crianças e adolescentes uma hiperdignificação da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para regrar ou limitar o gozo de bens e direitos. Essa maximização da proteção precisa ser eficaz, vale dizer, consolidada na realidade da vida – e não somente prevista em dispositivos abstratos. Assim não sendo, deixa-se de visualizar a proteção integral para se constatar uma proteção parcial, como outra qualquer, desrespeitando-se o princípio ora comentado e, acima de tudo, a Constituição e a lei ordinária. 'A proteção, com prioridade absoluta, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social. As crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento'"* (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, 4ª edição, revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2018).

Nessa toada, o Diploma Juvenil, em seu artigo 143, ao tratar das disposições gerais sobre o acesso à Justiça também prevê o resguardo do direito à intimidade de infantes e jovens, vedando a publicação de atos judiciais, policiais e administrativos que dizem respeito a crianças e adolescentes a quem se atribua autoria de ato infracional. O parágrafo único deste dispositivo legal dispõe expressamente que *"qualquer notícia a respeito de fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome"*.

Acesso ao Sumário

Isto porque a publicação de dado ou imagem que identifique ou possa identificar criança ou adolescente autor de ato infracional fere os direitos de personalidade desses sujeitos e, por conseguinte, também sua dignidade.

Ao vedar a divulgação dos atos supra aludidos, com inspiração nos itens 8.1 e 8.2 das *Regras de Beijing* (Res. 40/33 da Assembleia Geral da ONU de 29.11.85), o legislador menorista estabeleceu uma exceção ao princípio da pu-

blicidade, conforme previsão expressa contida no artigo 5º, LX, da Constituição Federal.

E a vulneração dessa proibição importa na sanção administrativa insculpida no artigo 247 do mesmo Diploma Legal, cujo bem jurídico tutelado são os direitos de personalidade de menores que estão em condição peculiar de desenvolvimento da personalidade, a fim de que não sejam estigmatizados socialmente, em manifesta contradição com o próprio escopo ressocializador que inspira toda a legislação especial.

A propósito leciona **PRISCILA VALDUGA DINARTE**: *"O bem tutelado pelo artigo em apreço são os direitos de personalidade dessas crianças e adolescentes, seres em desenvolvimento, que serão sobremaneira prejudicados caso sejam divulgados dados ou material que os identifique, atrelando-os ao cometimento de ato infracional. Veja-se, não se trata de deixar de observar o direito à liberdade de imprensa ou informação, vez que os fatos podem ser publicados; o que se veda é a identificação do autor de ato infracional. Tal estipulação está em consonância com os ditames da Doutrina da Proteção Integral, a qual 'tem como alicerce a convicção de que a criança e o adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral' [...] O escopo da norma, então, é 'a proteção do sigilo das informações acerca da criança e do adolescente que se envolveram num acontecimento infracional', destinando-se, assim, a resguardar respectivamente as identidades daquelas pessoas que se encontram na 'condição peculiar de desenvolvimento da personalidade, obstando à exposição estigmatizada e à conceituação preconceituosa que macule a imagem e a reputação não só daqueles infantes e jovens, mas também de seus respectivos núcleos familiares. Dessa forma, o dispositivo busca oportunizar que o autor do ato infracional se ressocialize, já que possível identificação e atrelamento do infante a ato infracional dificultariam sua reinserção na sociedade"* (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais, Coordenadores Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira e Munir Cury, 13ª edição, revista e atualizada, 2018, Malheiros Editores, p. 1.489).

A conduta ilícita prevista no artigo 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o escólio de **GUILHERME DE SOUZA NUCCI** consiste em: *"Propagar, tornar público, difundir, tendo por objeto o nome (trata-se da criança ou do adolescente), ato (procedimental ou processual) ou documento (qualquer base material apta a registrar fatos, como papel, filme, foto, DVD, CD, etc) proveniente de procedimento policial (inquérito), administrativo (instaurado pelo Ministério Público, Conselho Tutelar ou autoridade judiciária) ou judicial (tramitando em juízo) relativo a criança ou adolescente a que se atribua a prática de ato infracional. É o sigilo imposto por lei para todos os*

Acesso ao Sumário

procedimentos, em sentido lato, envolvendo a apuração de ato infracional, a fim de não comprometer a formação do menor, deixando-o exposto aos meios de comunicação ou à sua comunidade. Configura-se a infração, mesmo que a divulgação seja parcial, vale dizer, mínima. Há a expressão 'sem autorização devida', que nos tipos penais, representa o elemento normativo referente à ilicitude. Nesse caso, não é diferente, pois, presente a licença legal para tornar público qualquer nome, ato ou documento, por natural, inexiste infração. A conduta somente se torna relevante, para efeito desse ilícito administrativo, quando se perfaz por meio de comunicação (órgãos especializados em divulgar notícias, tais como TVs, rádio, jornal, revista, internet, etc)" (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Editora Forense, 4ª ed., p. 895).

Pois bem.

No caso em testilha, em fevereiro de 2020, o requerido exibiu no programa de televisão "(...)" reportagem na qual veiculou a imagem de um adolescente, residente na cidade de Paranavaí, Estado do Paraná, a quem se atribuía a prática de ato infracional.

A reportagem, posteriormente veiculada no *site* da emissora de TV, no *Facebook* e no *Youtube*, foi intitulada *"Pichador leva puxão de orelha da mãe e volta ao local para apagar sujeira"* e nas imagens, embora o adolescente esteja de costas e à distância, é plenamente possível sua identificação, precipuamente em razão de os fatos terem ocorrido em cidade de pequeno porte, com menos de 100 mil habitantes.

Emerge, *ictu oculi*, que a apelante tornou público, sem autorização judicial, imagens do menor, de modo que sua conduta se subsume à hipótese expressamente prevista no artigo 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além da exposição da imagem e privacidade do adolescente, realizou a apelante evidente julgamento moral no tocante à sua conduta, expondo-o a situação vexatória e constrangedora, de forma que eventual "caráter educativo" da reportagem não obsta a caracterização da infração administrativa.

Isso porque, conforme leciona **EDMUNDO OLIVEIRA**, o intuito da lei é *"preservar o futuro e o bom conceito da criança e do adolescente a que se atribua ato infracional. Expô-lo à execração seria injusto e prejudicial. Injusto porque ele ainda não está suficientemente formado para que seja considerado imputável; prejudicial porque uma vez difamado ele continuará denegrido para sempre. Para resguardar desses males a criança e o adolescente, a lei proíbe a exibição de fotografia do autor de ato infracional ou de qualquer ilustração (desenho, pinturas) que lhe diga respeito, desde que possa levar a identificá-lo."* (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais, Coordenadores Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira e Munir Cury, 13ª edição, revista e atualizada, 2018, Malheiros Editores, p. 1492).

Assim, a vedação contida neste dispositivo legal é a divulgação total ou

Acesso ao Sumário

parcial de informação por qualquer pessoa, que possa permitir a identificação direta ou indireta de um menor ao qual se vincule determinado ato infracional, sem prévia autorização judicial, justamente para que ele não seja estigmatizado, por tempo indefinido, o que, por certo, prejudicará sua ressocialização.

Tampouco se pode alegar a liberdade de expressão para afastar a configuração do mencionado ilícito administrativo.

Com efeito, a liberdade de expressão, a qual muito se preza, não pode ser invocada quando há violação de direito fundamental de um menor, que deve ser protegido contra indevida e desnecessária afronta a sua imagem e intimidade, pouco importando sua estatura ou se estava prestes a atingir a maioridade penal.

Se o menor praticou um ato ilícito deverá arcar com as sanções previstas no ordenamento jurídico pátrio, não cabendo a um programa televisivo aplicar-lhe reprimenda de cunho moral e social.

Os excessos devem ser contidos e, se necessário, legalmente reprimidos, para que sua prática inveterada não seja reiterada.

De resto, o artigo 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente visa punir de forma objetiva a conduta nele prevista, de modo que para a respectiva responsabilização é manifestamente prescindível qualquer discussão a respeito do dolo ou culpa grave por parte da apelante, conforme já se manifestou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). ART. 247. MENOR INFRATOR. DIVULGAÇÃO POR MEIO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. IDENTIFICAÇÃO INDIRETA. EFEITO QUEBRACABEÇAS. FILIAÇÃO. FOTOGRAFIAS. IMPOSSIBILIDADE. RELEVÂNCIA SOCIAL E ENFOQUE DA NOTÍCIA. IRRELEVÂNCIA JURÍDICA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA CONFIGURADA.*
>
> *1. No caso, a análise da pretensão recursal não exige o revolvimento de fatos e provas dos autos, mas apenas a ressignificação jurídica dos fatos conforme narrados objetivamente pelo acórdão recorrido. Precedentes.*
>
> *2. Se o acórdão recorrido trata somente de forma indireta da matéria constitucional, não incide a Súmula 126/STJ. Precedentes. Hipótese em que o acórdão afirma o exercício regular de direitos constitucionais apenas após afastar as premissas de violação de lei infraconstitucional.*
>
> *3. O ECA veda a veiculação de notícias que permitam a identificação de menores infratores, de forma alinhada a normas internacionais de proteção à criança e ao adolescente.*
>
> *4. A proteção do menor infrator contra a identificação visa proteger a integridade psíquica do ser humano em formação e assegurar sua reintegração familiar e social.*
>
> *5. A prática vedada pelo ECA é, em essência, a divulgação, total ou parcial, de qualquer elemento, textual ou visual, que permita a identificação,*

Acesso ao Sumário

direta ou indireta, da criança ou do adolescente a que se relacione ato infracional, sem a autorização, inequívoca e anterior, da autoridade judicial competente para a veiculação das informações.

6. Incide na prática interdita a veiculação de nome – inclusive iniciais –, apelido, filiação, parentesco ou residência do menor infrator, assim como fotografias ou qualquer outra ilustração referente a si que permita sua identificação associada a ato infracional. A norma impede o recurso a qualquer subterfúgio que possa resultar na identificação do menor.

7. Para configurar-se a conduta vedada, é desnecessário verificar a ocorrência concreta de identificação, sendo bastante que a notícia veiculada forneça elementos suficientes para tanto. Dispensa-se, também, que a identificação seja possibilitada ao público em geral, bastando que se permita particularizar o menor por sua comunidade ou família.

8. A transgressão ocorre ainda na hipótese em que, apesar de isoladamente incólumes, os elementos divulgados permitam, se conjugados, a identificação indireta do menor.

9. Para a ocorrência da infração é despicienda a análise da intenção dos jornalistas ou o enfoque da notícia. A prática é vedada de forma objetiva e ocorre com a divulgação dos elementos identificadores.

10. Hipótese em que a reportagem: a) obteve autorização para realizar entrevistas com menores, não para divulgar suas identidades; b) publicou fotografias com tatuagens e partes dos corpos dos menores; c) veiculou fotografias e nomes completos das genitoras, associando-as aos menores.

11. Recurso especial provido, para reconhecer a ilicitude da conduta e determinar o retorno dos autos à origem a fim de que aprecie os pedidos subsidiários da apelação dos recorridos, no tocante ao valor da sanção, à luz das premissas ora estabelecidas" (STJ – 2ª Turma, REsp 1.636.815/DF, Relator Og Fernandes, j.05.12.2017).

No mesmo diapasão, aliás, é a Súmula nº 87 deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"As infrações administrativas estabelecidas na Lei nº 8.069/90 consumam-se com a mera realização da conduta prevista no tipo legal, independentemente da demonstração concreta de risco ou prejuízo à criança ou ao adolescente".

E, consoante se infere do escólio de **VÁLTER KENJI ISHIDA**: *"Como ilícito administrativo, exige-se apenas a voluntariedade da conduta de divulgar atos ou documentos, de exibir fotografia, ilustração ou fazer qualquer referência a ato infracional, dispensando o dolo ou culpa"* (Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência, 20ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 825).

Nesse contexto, escorreita a imposição da multa, devendo, ainda, ser

Acesso ao Sumário

mantido o valor fixado pelo juízo de origem, em quarenta salários de referência.

Isto porque, o artigo 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que aludida sanção pode ser fixada entre *"três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência"* (destaque nosso).

In casu, o Ministério Público do Estado de São Paulo logrou êxito em comprovar a gravidade da conduta da emissora de televisão, apta a justificar a fixação da multa no teto máximo previsto no referido dispositivo legal, bem como a reiteração de sua conduta.

Também foi demonstrado que a recorrente descumpre rotineiramente as normas de proteção às crianças e adolescentes em suas reportagens, principalmente aquelas exibidas em programas policiais de elevada audiência, como é o caso do "(...)".

Nessa senda, o Ministério Público acostou aos autos informações referentes a outros processos análogos (fls. 262/288), em que a emissora foi condenada ao pagamento de indenizações por danos morais e, a despeito dessas condenações, continua infringindo as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De outra banda, em que pesem os argumentos recursais, escorreita também a condenação ao pagamento de indenização por danos morais difusos, na modalidade "danos sociais".

Como é cediço, os danos sociais atingem a coletividade e decorrem de condutas extremamente reprováveis e comportamentos negativos. Trata-se, nessa hipótese, de dano *in re ipsa*, sendo despicienda a prova de prejuízos concretos às partes ou à coletividade, porquanto provenientes da prática da conduta ilícita, como ocorreu no caso dos autos.

Sobre os danos sociais **FLÁVIO TARTUCE** leciona que: *"O Professor titular da Universidade de São Paulo, Antônio Junqueira de Azevedo, propõe uma nova modalidade de dano: o dano social. Para ele, 'os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida. O que se percebe é que esses danos podem gerar repercussão materiais ou morais. Nesse ponto, diferenciam-se os danos sociais dos danos morais coletivos, pois os últimos são apenas extrapatrimoniais. O conceito mantém relação direta com a principiologia adotada pelo Código Civil de 2002, que escolheu entre um de seus regramentos básicos a socialidade: a valorização do nós em detrimento do eu, a separação do caráter individualista e egoísta da codificação anterior. Assim, os danos sociais decorrem de condutas socialmente reprováveis ou comportamentos exemplarmente negativos, como quer Junqueira de Azevedo. Os danos sociais são difusos, envolvendo direitos dessa natureza, em que as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis"* (Manual de Direito Civil, 10ª edição, revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020, p. 494).

Acesso ao Sumário

Em caso análogo, o Ilustre Desembargador Beretta da Silveira, Presidente da Seção de Direito Privado, teceu as seguintes considerações no tocante aos danos sociais ou difusos:

> *"No mais, conforme lição doutrinária e jurisprudencial, a configuração de danos sociais ou difusos decorre de lesão à sociedade, que cause rebaixamento em seu nível de vida, em razão de condutas extremamente reprováveis e comportamentos exemplarmente negativos, sendo inclusive matéria de ordem pública, a ser, eventualmente, reconhecida de ofício. Resta claro, portanto, que decorrem tais danos de violação de direitos coletivos lato sensu, e devem ser ressarcidos a fim de garantir a reparação integral (...). Conforme as provas colacionadas aos autos, amplamente analisadas tanto pelo E. Relator, quanto pelo Exmo. Desembargador Xavier de Aquino, foram praticadas condutas ilícitas pela empresa Ark Line Cosméticos Ltda e pelo requerido André Luiz Lopes de Oliveira, ao produzirem e divulgarem campanha publicitária abusiva, que trazia em si conteúdo racista. Em decorrência, houve violação de diversos direitos fundamentais e difusos de crianças e adolescentes, notadamente os direitos à dignidade, ao respeito e à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, a ensejar a condenação em danos morais coletivos e sociais, visto que tais danos são aferíveis in re ipsa, isto é, sem a necessidade de demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral, decorrendo da mera constatação da prática de condutas ilícitas, como no caso".* (Declaração de voto proferida nos autos da apelação nº 1018361-10.2021.8.26.0100; Rel. Sulaiman Miguel; j. 13.03.2023 – destaque nosso).

Outrossim, no mesmo diapasão é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIGNIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES OFENDIDA POR QUADRO DE PROGRAMA TELEVISIVO. DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA. 1. O dano moral coletivo é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. Precedentes. 2. Na espécie, a emissora de televisão exibia programa vespertino chamado '(...)', no qual havia um quadro que expunha a vida e a intimidade de crianças e adolescentes cuja origem biológica era objeto de investigação, tendo sido cunhada, inclusive, expressão extremamente pejorativa para designar tais hipervulneráveis. 3. A análise da configuração do dano moral coletivo, na espécie, não reside na identificação de seus telespectadores, mas sim nos*

prejuízos causados a toda sociedade, em virtude da vulnerabilização de crianças e adolescentes, notadamente daqueles que tiveram sua origem biológica devassada e tratada de forma jocosa, de modo a, potencialmente, torná-los alvos de humilhações e chacotas pontuais ou, ainda, da execrável violência conhecida por bullying. 4. Como de sabença, o artigo 227 da Constituição da República de 1988 impõe a todos (família, sociedade e Estado) o dever de assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito e de lhes colocar a salvo de toda forma de discriminação, violência, crueldade ou opressão. 5. No mesmo sentido, os artigos 17 e 18 do ECA consagram a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral das crianças e dos adolescentes, inibindo qualquer tratamento vexatório ou constrangedor, entre outros. 6. Nessa perspectiva, a conduta da emissora de televisão ao exibir quadro que, potencialmente, poderia criar situações discriminatórias, vexatórias, humilhantes às crianças e aos adolescentes – traduz flagrante dissonância com a proteção universalmente conferida às pessoas em franco desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, donde se extrai a evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade, configurando-se, portanto, hipótese de dano moral coletivo indenizável, razão pela qual não merece reforma o acórdão recorrido. 7. Quantum indenizatório arbitrado em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Razoabilidade e proporcionalidade reconhecidas. 8. Recurso especial não provido" (REsp. nº 1.517.973/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, J. 16.11.2017 – destaque nosso).

O *quantum* indenizatório fixado pela r. sentença recorrida, por derradeiro, não comporta redução, porquanto arbitrado em valor modesto e inferior ao usualmente adotado por esta Colenda Câmara Especial, em casos análogos, julgados recentemente.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional declarada, observando o sólido entendimento do Egrégio STJ de que *"é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida"* (EDcl no RMS nº 18205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 18.04.2006).

Pelo exposto, **anula-se, de ofício, a r. sentença recorrida, tão somente, no tocante à condenação da apelante à obrigação de fazer e nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009834-

Acesso ao Sumário

28.2022.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante L.A.S. (MENOR), é apelada FAZENDA PÚBLICA 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: "Não conheceram do reexame necessário e deram provimento à apelação interposta, com observação, nos termos da fundamentação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.111)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 1º de novembro de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – Pretensão relativa ao fornecimento de professor especializado no 8º ano do ensino fundamental, à adolescente portador de retardo mental e paralisia cerebral – Conteúdo econômico da obrigação imposta na sentença absolutamente mensurável por meros cálculos aritméticos que, por seu turno, é inferior ao valor de alçada (CPC, art. 496, § 3º) – Hipótese que reclama o não conhecimento do recurso oficial – Jurisprudência consolidada no âmbito desta Colenda Câmara Especial – Sentença de parcial procedência – Recurso que versa exclusivamente sobre os honorários advocatícios devidos à Defensoria Pública e não fixados na r. sentença – Reforma em razão da superação do entendimento da Súmula n. 421 do STJ pelo julgamento do RE 1140005 (Tema n. 1002 - STF), que reconhece o direito da Defensoria Pública à verba honorária quando litiga contra qualquer ente público, inclusive contra aquele que está vinculada – Honorários advocatícios fixados em dez por cento do conteúdo econômico em jogo – Redução do teto das astreintes para os patamares hodiernamente arbitrados por esta C. Câmara Especial – Valor que deverá ser destinado ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município (art. 214 da Lei n. 8.069/90) – Recurso oficial não conhecido e voluntário provido, com obser-

Acesso ao Sumário

vação (redução das astreintes e imposição de limite).

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de obrigação de fazer proposta por **L.A.S.** (nascido em (...)), representado pela **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por ser portador de retardo mental e paralisia cerebral (CIDs F72, G80 e F84.9). Aciona, assim, a **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, para postular que lhe seja disponibilizado professor auxiliar em sala de ensino regular, para seu pleno desenvolvimento.

A tutela de urgência foi indeferida (fls. 27/28).

Após tramitação regular, o pedido foi acolhido em parte, para determinar à ré a disponibilização de acompanhante auxiliar especializado, sem exclusividade, enquanto houver necessidade, sob pena de multa diária de R$ 500,00 em caso de descumprimento. Não houve fixação de honorários advocatícios à Defensoria Pública, nos termos da súmula n. 421 do Col. STJ (fls. 180/185).

Apela a Defensoria Pública, sustentando, em síntese, que em ação promovida por ela contra a Fazenda Pública Estadual é cabível a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais por quaisquer entes públicos, entendendo superada a súmula 421 do Col. STJ. Em caráter subsidiário, prequestiona a matéria (fls. 192/199).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 206/210).

Sem oposição ao julgamento virtual.

A Douta Procuradoria de Justiça absteve-se em relação aos honorários advocatícios (fls. 222/225).

É o relatório.

De partida, não conheço do reexame necessário, porquanto o piso salarial dos professores da categoria chamada **PEB I** (lecionam para os alunos do 1º ao 5º ano do ensino fundamental), **PEB II** – anos finais (6ª a 9ª série do ensino fundamental e ensino médio) para 40 horas semanais a partir de **março de 2023** e retroativo a janeiro de 2023, será de **R$ 4.420,36** (Decreto n. 67.582, de 17 de março de 2023 – DOE 18.03.2023, p. 01), o que corresponde ao conteúdo econômico anual de **R$ 53.044,32**[1] e, portanto, o conteúdo econômico da sentença – absolutamente aferível à luz do caso concreto – é inferior aos patamares estipulados pelos incisos II e III do § 3º do artigo 496 do C.P.C..

Sobre o tema, destaco o seguinte precedente do STJ, a saber:

1 Disponível em:
https://www.educacao.sp.gov.br/governo-de-sp-publica-decreto-de-pagamento-piso-para-professores/
https://www.pebsp.com/seduc-sp-publica-decreto-do-abono-complementar-dos-professores-2023/
https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2023/decreto-67582-17.03.2023.html
https://www.educacao.sp.gov.br/governo-de-sp-publica-decreto-de-pagamento-piso-para-professores/#:~:text=Com%20a%20medida%2C%20o%20sal%C3%A1rio,professores%20ativos%2C%20al%C3%A9m%20dos%20inativos.

Acesso ao Sumário

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REMESSA NECESSÁRIA. CPC/2015. CONDENAÇÃO OU PROVEITO ECONÔMICO INFERIOR A MIL SALÁRIOS MÍNIMOS. DISPENSA DA REMESSA NECESSÁRIA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ***1. A Corte de origem, ao apreciar a controvérsia assentou que, 'embora no início da lide, efetivamente, pudesse se considerar incerto o montante do bem da vida vindicado, ao tempo da prolação da sentença o proveito econômico obtido com a condenação tornou-se certo e líquido, bastando, apenas, a realização de meros cálculos aritméticos para a aferição do montante devido' (fl. 134), o que tornaria possível afastar o reexame necessário, porque não ultrapassado o limite previsto no art. 496, § 3º, I, do CPC/2015****. 2. A referida conclusão encontra sintonia na jurisprudência firmada pelo STJ, segundo a qual 'a orientação da Súmula 490 do STJ não se aplica às sentenças ilíquidas nos feitos de natureza previdenciária a partir dos novos parâmetros definidos no art. 496, § 3º, I, do CPC/2015, que dispensa o duplo grau obrigatório as sentenças contra a União e suas autarquias cujo valor da condenação ou do proveito econômico seja inferior a mil salários mínimos.' (REsp 1.735.097/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 11/10/2019). Ainda, no mesmo sentido: REsp 1.844.937/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 22/11/2019 e AgInt no REsp 1.852.972/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 1º/7/2020. 3. Agravo interno não provido."* (AgInt no REsp 1864360/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 27/11/2020). (g.n)

Essa é jurisprudência consolidada no âmbito desta Colenda Câmara Especial, como se extrai exemplificativamente de alguns de seus mais recentes julgamentos a seguir transcritos: AC n. 1005455-06.2022.8.26.0309, j. 05.10.2022 que fui relator; AC n. 1010931-86.2022.8.26.0224, j. 28.09.2022, Rel. Sulaiman Miguel, RN n. 1012877-33.2021.8.26.0223, j. 07.10.2022, Rel. Francisco Bruno, AC n. 1000594-17.2022.8.26.0037, j. 30.09.2022, Relª. Silvia Sterman, AC n. 1002265-83.2022.8.26.0099, j. 29.08.2022, Rel. Guilherme Gonçalves Strenger.

Acesso ao Sumário

Recebo o recurso interposto, que versa exclusivamente sobre os honorários advocatícios reputados devidos, porquanto preenche os requisitos de sua admissibilidade e, de consequência, passo à sua apreciação.

Trata-se de apelação interposta pela Defensoria Pública, nos autos da ação de obrigação de fazer julgada procedente em parte, com vistas ao fornecimento de professor auxiliar à jovem portador de retardo mental e paralisia cerebral (CID F72, G80 e F84.9).

Não obstante o entendimento consolidado no Enunciado n. 421 da Súmula do STJ, ele restou recentemente superado pelo julgamento do RE 1140005

(Tema nº 1002) pelo Pretório Excelso[2], sob o rito da repercussão geral, que, por unanimidade, deu provimento ao aludido recurso para a fixação da seguinte tese:

"1. É devido o pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública, quando representa parte vencedora em demanda ajuizada contra qualquer ente público, inclusive aquele que integra; 2. O valor recebido a título de honorários sucumbenciais deve ser destinado, exclusivamente, ao aparelhamento das Defensorias Públicas, vedado o seu rateio entre os membros da instituição".

Válido mencionar que além do resultado ter sido unânime, o julgamento dos recursos pelo STF sob o rito da repercussão geral é vinculante (CPC, inc. III do art. 927).

Por fim, a despeito do julgamento dos Embargos de Declaração em **02.10.2023**, em decisão que acolheu parcialmente o recurso oposto pelo Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG) e pela União, *"para modular os efeitos da decisão, a fim de explicitar que a tese de julgamento firmada não deve atingir decisões já transitadas em julgados ou processos em trâmite nos quais a questão relacionada aos honorários advocatícios sucumbenciais esteja preclusa"*, não se observa impacto no presente feito.

Tendo o Estado de São Paulo sido vencido em maior parte na ação judicial proposta pelo autor, representado pela Defensoria Pública, no panorama atual há que responder pelo pagamento dos honorários de sucumbência.

Diante desse novo precedente, não existe espaço para a manutenção do entendimento que refuta o direito da Defensoria Pública à obtenção de honorários advocatícios, mesmo em casos de litígio envolvendo a entidade pública à qual está vinculada.

E, a propósito, se trata de precedente qualificado ou vinculante de aplicabilidade obrigatória e imediata.

Nesse sentido, precedentes desta C. Câmara Especial:

"RETRATAÇÃO. Aplicação do entendimento firmado no julgamento do RE nº 1.140.005/RJ (Tema 1002 do STF) que assentou o cabimento de tal condenação em favor da Defensoria Pública, quando representa parte vencedora em demanda ajuizada contra qualquer ente público, inclusive aquele que integra. Ausência de insurgência quanto ao valor da verba sucumbencial fixada na origem. Honorários devidos no montante de 20% do valor da causa atualizado (limite máximo), na proporção de 50% para cada ente público, observada a orientação constante do Tema nº 1.002 do E. STF. Retratação do julgado para dar provimento à apelação interposta pela Defensoria Pública". (TJSP; Apelação Cível 1007933-60.2021.8.26.0005; Relator Claudio Teixeira Villar; Órgão Julgador: Câmara Especial; Data do Julgamento: 30/08/2023; Data de Registro: 30/08/2023).

2 https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5487108

Acesso ao Sumário

"Juízo de retratação – Apelação cível e remessa necessária – Infância e Juventude – Ação de obrigação de fazer – Disponibilização de professor auxiliar – Reexame do recurso anteriormente julgado, na forma do art. 1.040, II, do CPC – Acórdão dissonante da tese fixada no RE nº 1140005 – Honorários advocatícios devidos à Defensoria Pública quando litiga com ente do qual é parte integrante – Possibilidade – Superação do entendimento anterior, diante do julgamento do Tema 1.002 pelo Supremo Tribunal Federal – Fixação de verba honorária sucumbencial – Fixação da sucumbência recursal – Remessa necessária não conhecida e apelo voluntário não provido". (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1004113-57.2022.8.26.0309; Relator Guilherme Gonçalves Strenger (Vice-Presidente); Órgão Julgador: Câmara Especial; Data do Julgamento: 15/08/2023; Data de Registro: 15/08/2023).

"RECURSO DE APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Criança com diagnóstico de Hipertrofia das Amígdalas, Hipertrofia das Adenoides e Rinite alérgica não especificada. Pretensão ao fornecimento gratuito pelo Poder Público de procedimento cirúrgico (cirurgia adenoamigdalectomia). Valor da causa corrigido de ofício. Inadmissibilidade do recurso oficial. Pedido revestido de liquidez. Exegese do C. Superior Tribunal de Justiça. Conteúdo econômico abaixo do valor estipulado no inciso II, do parágrafo 3º, do artigo 496 do CPC. Honorários advocatícios. Cabimento de condenação de qualquer Ente Público ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública. Previsão legal expressa. Repercussão geral reconhecida e julgada pelo STF. Tema 1002. Honorários devidos. Reexame necessário não conhecido. Apelo provido". (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1005058-93.2023.8.26.0637; Relator Beretta da Silveira (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Data do Julgamento: 20/09/2023; Data de Registro: 20/09/2023).

Destarte, é devida a condenação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo ao pagamento dos honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública do Estado, consoante orientação do Supremo Tribunal Federal.

Nesse desiderato, como o valor ora atribuído à causa na inicial – R$ 1.000,00 (fls. 13) – não representa o conteúdo econômico em jogo, considerando que o autor era aluno do 8º ano do ensino fundamental no ano letivo de 2022, porquanto o piso salarial dos professores da categoria chamada **PEB II** – anos finais (lecionam para os alunos da 6ª a 9ª série do ensino fundamental e ensino médio) para 40 horas semanais a partir de **março de 2023** e retroativo a janeiro de 2023, será de **R$ 4.420,36** (Decreto n. 67.582, de 17 de março de 2023 – DOE 18.03.2023, p. 01), o que corresponde ao conteúdo econômico anual de **R$ 53.044,32**[3], fixo os honorários devidos pela FESP à Defensoria Pública em

Acesso ao Sumário

3 Disponível em:
https://www.educacao.sp.gov.br/governo-de-sp-publica-decreto-de-pagamento-piso-para-professores/
https://www.pebsp.com/seduc-sp-publica-decreto-do-abono-complementar-dos-professores-2023/

10% (dez por cento) do conteúdo econômico apontado, com base no artigo 85, § 2º e inciso I do § 3º do C.P.C..

Passo à análise da multa imposta e, neste caso merece observação.

Trata-se de meio coercitivo que visa ao adimplemento da obrigação e é cabível em face da Fazenda Pública e consoante dispõe o § 1º, do artigo 536, do Código de Processo Civil.

Além disso, o § 2º, do art. 213, da Lei n. 8.069/90 também é taxativo ao prever a possibilidade de imposição de multa como mais um mecanismo a compelir o resguardo dos direitos e interesses de crianças e adolescentes.

Assim, inviável o afastamento da multa arbitrada na sentença, porém em atenção aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e em consonância com o entendimento pacífico desta Colenda Câmara Especial, de rigor a redução de R$ 500,00 para R$ 300,00, limitando-a, contudo, em R$ 30.000,00, cujo valor, se o caso, deverá ser destinado ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município, diante de regra específica (art. 214 da Lei n. 8.069/90).

Nesse sentido:

"OBRIGAÇÃO DE FAZER. REMESSA NECESSÁRIA. SAÚDE. Responsabilidade solidária dos entes federados confirmada pelo STF no julgamento do RE nº. 855.178 (Tema nº. 793). Incidência das Súmulas nº. 37 e 66 do TJSP. Inteligência do art. 23, II, da Constituição Federal. Possibilidade de obtenção do ressarcimento pela via administrativa ou ação própria. Não aplicação do Tema nº. 006 do STF. Fornecimento do medicamento Ustequinumabe 90mg e 130mg, e do insumo alimentar TGFß-2 (Modulen®Nestlé). Criança com Doença de Crohn colônica (CID K59.1). Comprovação da imprescindibilidade do remédio, devidamente registrado na ANVISA. Ineficácia de terapias anteriores. Hipossuficiência financeira do núcleo familiar evidenciada. Preenchimento dos requisitos cumulativos do Tema nº. 106 do STJ (REsp 1.657.156/RJ), julgado na sistemática dos recursos repetitivos. Suplemento alimentar. Necessidade demonstrada. Dever de atendimento pelo Poder Público. Ausência de violação ao princípio da separação dos poderes. Súmula nº. 65 do TJSP. Multa. Cabimento. Inteligência do art. 213, caput, e § 2º., do E.C.A., e art. 536, § 1º., do CPC. ***Limitação do montante até R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Destinação da verba. Fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (art. 214 do Estatuto). Precedentes da Câmara Especial****. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO DO ESTADO. Razões recursais. Reprodução integral da contestação. Não insurgência contra os fundamentos da sentença. Ausência de impugnação específica. Infringência ao princípio da*

Acesso ao Sumário

https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2023/decreto-67582-17.03.2023.html
https://www.educacao.sp.gov.br/governo-de-sp-publica-decreto-de-pagamento-piso-para-professores/#:~:text=Com%20a%20medida%2C%20o%20sal%C3%A1rio,professores%20ativos%2C%20al%C3%A9m%20dos%20inativos.

dialeticidade recursal. Inobservância aos arts. 932, III, e 1.010, ambos do Código de Processo Civil. Honorários advocatícios. Fase recursal. Majoração ao total de R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais). Aplicabilidade do art. 85, §§ 1º., e 11, do Código de Processo Civil. RECURSO NÃO CONHECIDO." (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1025862-78.2021.8.26.0564; Relator: Sulaiman Miguel; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São Bernardo do Campo – Vara da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 24/06/2022; Data de Registro: 24/06/2022). (g.n.)

Considera-se prequestionada toda a matéria veiculada no recurso, para fins de eventual acesso às instâncias superiores.

Com isto, **não conheço** do reexame necessário e **dou provimento** à apelação interposta, **com observação**, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002797-46.2022.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado D.S.O.A. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.387)**

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, 5 de outubro de 2023.

CLAUDIO TEIXEIRA VILLAR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Infância e Juventude. Ação de obrigação de fazer. Restabelecimento de matrícula da autora, adolescente, em escola que possui período matutino, que está próxima do local de trabalho da genitora e onde estuda a irmã. Atendimento às necessidades pedagógica e de saúde da adolescente, que realizou tratamento psiquiátrico. Apelada com histórico de uso de drogas e ideação suicida com indicação médica de não estar sozinha. A autora chegou a ser matriculada no 1º ano do Ensino Médio na escola pretendida, frequentou as aulas por três dias, obteve

o cartão de transporte escolar e adquiriu uniformes. Foi transferida, no entanto, à revelia, para unidade de ensino mais perto de sua residência. Circunstâncias expostas nos autos que justificam a procedência do pedido da adolescente. Direito à educação. Direito público subjetivo e de absoluta prioridade conferido à criança e ao adolescente pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Inteligência dos artigos 53, 54, I, e 208, I, do ECA, além da redação conferida pelo legislador à previsão do inciso V do artigo 53 do diploma menorista. Insurgência da Fazenda Estadual. Ausência de violação aos princípios constitucionais da separação e independência dos poderes e da discricionariedade administrativa. Sentença mantida. Inteligência dos artigos 100 e 101, III, do ECA – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo contra a r. sentença proferida às fls.151/154 que, em ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência ajuizada por D.S.O.A., adolescente, aluna da rede pública estadual de ensino, representada pela genitora, objetivando restabelecimento da matrícula escolar no 1º ano integral da E.E. (...), tornou definitiva a antecipação da tutela (fls. 59/61) e julgou procedente o pedido de vaga na escola apontada, sob pena de pagamento de multa de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), limitado ao teto máximo de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Anteriormente, a Apelante já havia interposto o recurso de Agravo de Instrumento de nº (...), contra a decisão que deferiu a tutela de urgência, para determinar que ela providenciasse a transferência ou rematrícula da autora junto à escola estadual E.E. (...) (fls. 59/61), ao qual foi negado provimento, aos 13 de dezembro de 2022 (fls. 171/181).

Nas razões da presente apelação (fls. 163/170), a Fazenda Estadual sustenta que a apelada não possui o direito assegurado de escolher o local que realizará seus estudos. Diz que a matrícula depende de estudo da Secretaria de Educação, em relação à demanda e alocação das matrículas. Esclarece que tem como objetivo da política estadual de educação, possibilitar a matrícula dos alunos da rede pública nos locais mais próximos a sua residência, além de objetivar assegurar a continuidade de estudos. Contudo, tal compatibilização de

Acesso ao Sumário

interesses dependerá da oferta remanescente de matrículas para aquela determinada escola, sendo que a transferência após o início do ano letivo, somente é possível se houver disponibilidade de vagas. Alega que não cabe ao Judiciário, à míngua de determinação legal, fixar a distância mínima que a lei não delimitou, nem mesmo deixar à escolha do aluno a escola que lhe interessar, nem interferir no campo administrativo organizacional, no tocante à educação provida pelo Estado de São Paulo. Afirma que não houve inércia ou negativa de acesso à educação gratuita pelo Estado. Requer a reforma da sentença, julgando improcedente a ação.

As contrarrazões foram apresentadas pugnando pela manutenção da sentença (fls. 188/191), que foi mantida (fl. 197).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 207/211).

É o relatório.

Fundamento e voto.

Conheço do apelo e a ele **nego** provimento.

Trata-se de ação de obrigação, com pedido de tutela antecipada proposta pela adolescente D.S.O.A. em face do Estado de São Paulo, julgada procedente, para ver restabelecida sua matrícula na escola apontada (Escola Estadual (...)), visando estudar no período da manhã, juntamente com sua irmã, e também por ser local próximo do trabalho da genitora, tendo em vista que possui tendências suicidas e não pode ficar desacompanhada. A apelada chegou a ser matriculada no 1º ano do Ensino Médio, frequentou as aulas por três dias, obteve o cartão de transporte escolar e adquiriu uniformes daquela unidade de ensino, fato que pode ser comprovado pela documentação de fls. 17/24 e, no dia 14 de fevereiro de 2022, foi transferida, à revelia, para outra escola estadual – E.E. (...) (fls. 24/25).

A sentença foi de procedência, contra a qual se insurge a Fazenda Estadual, afirmando que o direito à educação não assegura ao estudante a escolha de escola de sua preferência, sendo discricionariedade da Administração Pública, de acordo com sua organização administrativa e disponibilização de vagas.

Sem razão, a apelante.

Embora se reconheça que "a priori" a escolha da unidade de ensino seja discricionariedade da Administração Pública, o caso em análise exige solução diversa, como adiante se verá.

Uma, porque não é controvertido que ela já tinha sido matriculada na escola pretendida, sendo transferida, à sua revelia, depois de três dias; outra, porque restou demonstrado que a adolescente já foi submetida à internação para tratamento, por ser usuária de múltiplas drogas e com ideação suicida (fl. 13), fato que demonstra a necessidade de sua permanência na escola pretendida, pois atende não somente sua necessidade letiva, como sua especial condição médi-

Acesso ao Sumário

ca, por estar próximo ao trabalho da mãe, facilitando a proximidade e contato rápido entre elas.

Ressalto o já pontuado, quando do julgamento do AI (fls. 176/177): "*Não se olvide que a escolarização é medida protetiva contemplada no inciso III do art. 101 do ECA. O tratamento para a dependência química, no inciso VI do mesmo artigo. Medidas protetivas que são, estão jungidas aos princípios estabelecidos no parágrafo único do art. 100, do qual se destacam, no caso em análise, aqueles estabelecidos nos incisos IV (superior interesse) e VI (intervenção precoce).*

Ocorre que no caso em tela, a adolescente foi transferida para escola, não a pretendida E. E. E.E. (...) (distante 3,8 km da residência), mas sim na – E.E. (...) (distante 1,5 km da residência), que o Estado ressalta tratar-se de escola mais próxima que a pretendida pelo autor.

No entanto, em que pese a argumentação da agravante no sentido de que a responsabilidade do Estado se circunscreve a oferecer uma vaga em escola perto da residência, não podendo o munícipe escolher qual o estabelecimento educacional, tem-se no caso presente, circunstâncias que indiscutivelmente propendem a se adotar solução diversa".

Diante do caso concreto, das particularidades apresentadas pela adolescente, que não pode ficar sozinha, circunstância que poderá acarretar situação de risco, não há como o ente público negar o restabelecimento da matrícula pretendida. Ademais, pelo fato da irmã já estudar na referida escola, deve-se priorizar o atendimento em uma mesma unidade de ensino, como postulado na inicial.

Além disto, o Conselho Tutelar de Araras também recomendou o retorno da adolescente para a escola (...), ressaltando: "*Devido o diagnóstico médico da adolescente, a mesma não pode ficar sozinha em casa e precisa estudar em escola próxima à mãe, que trabalha em local bem próximo a UE. Diante dessas informações requeremos com urgência a volta da aluna para o '(...)'" (fl. 24)*.

Da análise dos documentos carreados aos autos de origem, notadamente os de fls. 13, 14, 15, 16, 24/25 e 26, restou demonstrada a necessidade de a autora de ser transferida ou rematriculada na E.E. (...).

Como já dito, embora a referida E.E. "(...)" não seja próxima da residência da adolescente, ela atende sua necessidade, por estar próximo ao trabalho da mãe, que necessita contato rápido e próximo da filha, tudo em razão de sua condição médica.

Extrai-se, do oficio da Direção da E.E. (...) (fl. 16): "*(...) a mãe da autora informou que D.S.O.A. estava em tratamento psiquiátrico e teve alta de internação recentemente, não sendo recomendado que ficasse sozinha em casa, o que ocorria de manhã, vez que, nesse período, sua genitora trabalhava e sua irmã estudava na E.E. (...) e, ademais, o horário das aulas do ensino médio na E.E. (...) era das 14h15 às 21h15, logo, a autora necessitava de vaga em escola que*

Acesso ao Sumário

a atendesse no período matutino. A direção escolar consignou que, diante da situação de risco que se encontrava a aluna, ela foi matriculada na E.E. (...) (o que restou demonstrado pelo documento de fl. 17), tendo, inclusive, frequentado as aulas, antes de ser automaticamente transferida para a E.E. (...), em oposição ao que solicitara".

Como se vê à luz do princípio da proteção integral, consagrado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, e tendo em vista a peculiar condição de saúde da autora, de rigor a manutenção da apelada na E.E. (...), vez que há informações e documentação suficientes para que o Estado previna a ocorrência de retrocessos no tratamento a que se submete a apelada, ou do contrário importaria em perigo de dano à mesma.

Não há como falar que a matrícula da apelada na escola pretendida não foi realizada por motivo de falta de vagas ou superlotação naquela unidade de ensino, pois, pelo que se observa nos autos, a mesma havia obtido vaga para o corrente ano letivo, tendo, inclusive, como já dito, realizado a respectiva matrícula, frequentado as aulas por 03 (três) dias, obtido o cartão de transporte escolar e adquirido uniformes daquela unidade de ensino.

Nesse sentido, bem pontuou o magistrado "a quo" na sentença guerreada (fl. 153 com grifos nossos):

"*Por sua vez, a declaração de fls. 17 indicou que a adolescente estava desde o início do ano matriculada no ensino médio integral na E.E. '(...)'.*

O ofício do Conselho Tutelar local corrobora a versão da requerente de ela foi transferida para a E.E. '(...), por solicitação da genitora, além de obter transporte escolar e uniforme da unidade escolar. Também corrobora o fato de que foi posteriormente transferida para a Escola '(...)' (fls. 24/25).

Como se depreende, a matrícula e frequência da requerente na E.E. '(...)' visa atender sua vida, saúde e segurança, direitos consagrados na Constituição Federal, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo de rigor a manutenção de sua matrícula na E.E. '(...)'."

A obrigação de disponibilizar gratuitamente a vaga decorre do disposto nos artigos 208, I, da Constituição Federal, e dos artigos 53, 54, I, e 208, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõem ao Estado o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes.

Na mesma linha, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional fixa a educação básica como direito do indivíduo e dever do Estado:

"Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

[...]

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade".

Como visto, a escola indicada pela autora apelada atende as especifici-

dades pretendidas, dispõe do período matutino e, embora esteja além do limite de 2 Km de sua residência, encontra-se localizada perto do local de trabalho da genitora da adolescente, fato importante e preponderante, visto que passou por tratamento psiquiátrico, com indicação de que não deve estar sozinha, sem contar que ela estudará na mesma escola em que sua irmã também já estava matriculada e frequentando.

Conclui-se que o escopo da norma legal está atendido, na medida em que atende o direito público subjetivo e de absoluta prioridade conferido à criança e ao adolescente pela Constituição Federal (artigos 6º, 205, 208, inciso I e § 1º, 211, § 2º e 227), pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 53, *caput*, incisos I e V, 54, inciso I e § 1º, e 208, inciso I) e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (nº 9.394/96 artigos 4º, inciso I e 32).

Desse modo, tratando-se de direito fundamental que, em princípio, não pode ser condicionado pelo administrador público, nem mesmo eventual insuficiência de vagas pode impedir que as crianças/adolescentes exerçam seu direito de acesso à educação.

Ao administrador cabe prover o necessário visando garantir o atendimento escolar das crianças e adolescentes, adequando o orçamento à demanda local e priorizando o acesso à educação.

Os preceitos constitucionais relativos à educação são normas de eficácia plena e de aplicação imediata. Portanto, a intervenção do Poder Judiciário, a fim de assegurar a efetividade de tais comandos não caracteriza indevida intromissão no âmbito de atuação de outro Poder, pois apenas cumprida a obrigação constitucional de prestar a tutela jurisdicional e compor litígios.

Nessa toada, de rigor, portanto, a manutenção do *decisum*.

Do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005827-18.2023.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é apelada N.H.F.O. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.515)**

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

Acesso ao Sumário

DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 6 de novembro de 2023.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Apelação Cível – Ação de obrigação de fazer julgada procedente, determinando-se ao Município o fornecimento de vaga em creche, em período integral, fixados os honorários advocatícios em R$ 2.000,00 – Insurgência – Descabimento – Educação – Dever do Estado (gênero) de assegurar atendimento em creche e pré-escola – Inteligência dos artigos 208, IV, da Constituição Federal e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Não violação aos princípios da separação dos poderes e discricionariedade administrativa – Incidência das Súmulas nºs 63 e 65 desta Corte – Recurso parcialmente provido, tão-somente para reduzir as verbas sucumbenciais.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Município de Jundiaí contra r. sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer, condenando-o a oferecer vaga em creche à criança N.H.F.O., nascida em (...), em período integral, fixados os honorários advocatícios em R$ 2.000,00 (fls. 40/43).

Inconformado apela o Município, alegando, em apertada síntese, ausência de interesse de agir, ofensa à reserva do possível, à separação dos poderes bem como insuficiência orçamentária, insurgindo-se, ainda, contra os honorários advocatícios fixados (fls. 48/55).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 59/65), manifestou-se, a seguir, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 73/76).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Ab initio, e a fim de uma melhor instrução do presente, a respeito da repercussão geral da matéria (Tema 548, STF) esta Colenda Câmara já se pronunciou: *"O pedido preliminar da Municipalidade não pode ser acolhido. Importa, nesse tocante, esclarecer os efeitos do artigo 543-B, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, que prevê o sobrestamento dos feitos de Tribunal que encaminha recursos representativos de controvérsia de natureza constitucional para o C. Supremo Tribunal Federal, até o pronunciamento definitivo dessa C. Corte sobre a matéria, em virtude do instituto da repercussão geral. No que tange ao alcance do reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada matéria constitucional, a Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça, em v. acórdão de relatoria do então Ministro Luiz Fux e com base*

em número expressivo de precedentes, esclareceu que o posicionamento do C. Supremo Tribunal Federal nesse tocante não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais o mesmo tema se faz presente e é discutido, mas apenas dos recursos extraordinários pendentes de juízo de admissibilidade na instância anterior. Veja-se o trecho da ementa do v. acórdão: '(...) 12. O Supremo Tribunal Federal, em 13.03.2008, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 579.431/RS, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "Precatório. Juros de mora. Incidência no período compreendido entre a data da feitura do cálculo e a data da expedição da requisição de pequeno valor." 13. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como cediço, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes. 14. ***É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ:*** *AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008). 15.* ***Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso****. (...)' – grifamos (REsp 1.143.677, j. 2.12.2009, DJE 4.2.2010)"* (Apelação nº 0018685-43.2012.8.26.0161, Rel. Des. Silveira Paulilo, Presidente da Seção de Direito Privado).

Exsurge dos autos que o ajuizamento da ação ocorreu em decorrência da não satisfação do direito pleiteado e, obviamente, a resistência judicial ao pleito formulado evidencia que o pedido administrativo seria negado.

Consigne-se que há direito subjetivo à vaga em creche. Entender que a proteção às crianças contida na Constituição Federal seja norma programática de aplicação gradual e progressiva seria ir de encontro à Doutrina da Proteção Integral adotada e introduzida no nosso ordenamento jurídico brasileiro pela própria Carta Magna.

Acesso ao Sumário

Por óbvio, não há como o Município negar as vagas pretendidas, pois tal obrigação decorre dos artigos 205, 208, IV, e 211, § 2º, da Constituição Federal, e dos artigos 53, V, 54, IV, e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõem ao Estado o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes.

Os artigos 205, 208, IV, e 211, § 2º, da Constituição Federal e os artigos 53, V, 54, IV, e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente impõem ao Estado (gênero) o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes.

Dispõe, ainda, a Constituição Federal que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos incompletos (ou cinco anos completos, de acordo com o artigo 208, IV, da CF, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 53/2006), razão pela qual suposta insuficiência de vagas não pode impedir as crianças de desfrutarem do direito à educação, submetendo o acesso ao ensino a planejamento orçamentário, ordem cronológica de inscrição e análise socioeconômica.

Impõe-se, por conseguinte, observar esses ditames constitucionais e legais, vez que são comandos que resultam na imposição de deveres ao Poder Público, inclusive o de propiciar acesso à escola pública e gratuita próxima da residência da criança (ECA, artigo 53, V).

Nesse sentido, a Súmula nº 63 desta Corte: *"É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território"*.

Igualmente, no aparente conflito de normas que tratam do direito à educação, de um lado, e de matéria orçamentária, de outro, é indiscutível a prevalência do primeiro sobre esta última, em decorrência dos artigos 1º, III; 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição Federal, que tratam de princípios e direitos fundamentais.

Em julgado cujos fundamentos são inteiramente aplicáveis ao direito à educação, decidiu-se: *"Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas"* (STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-00/RS, Rel. Ministro Celso de Mello).

Acesso ao Sumário

Em que pese a demonstração do esforço do Município em dar cumprimento ao preceito constitucional, tem-se que os entraves burocráticos e suposta insuficiência de verbas ou restrições orçamentárias não podem permitir que

crianças que necessitem de vagas em creche fiquem à mercê de planejamento orçamentário, pois o direito à educação é impostergável.

Neste particular, já observou o Colendo Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 22 de novembro de 2005: *"Não se ignora que a realização dos direito econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência"* (ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (Otávio Henrique Martins Port, *'Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública'*, p. 105/110, item nº 6, e p. 209/211, itens nºs. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda.), que: *"a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade"*.

Também não se pode falar em indevida intromissão do Judiciário no âmbito de atuação de outro Poder, porque ele só cumpre o encargo constitucional de prestar a tutela jurisdicional e compor litígios.

Se, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, e se as crianças que estão nas condições estipuladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente são titulares do direito e podem exigi-lo em juízo, a determinação judicial do cumprimento desse dever pelo Município não significa ingerência do Judiciário no âmbito da administração, eis que não há discricionariedade do administrador quando se trata de direitos imediatamente aplicáveis.

Como já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, *"seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado*

Acesso ao Sumário

justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada" (REsp nº 1041197/MS – Min. Humberto Martins – j. 25/08/2009).

Nesse sentido dispõe a Súmula nº 65 desta Corte: *"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte de crianças ou adolescentes"*.

Compete ao Município aparelhar-se adequadamente para garantir o padrão de qualidade do ensino, não lhe servindo de escusa a elevada demanda para furtar-se ao cumprimento desse dever constitucional e limitar o acesso das crianças à educação.

Lembro que é pacificado nesta Câmara que o direito à educação, quando violado, deve ser garantido, sempre que se efetive por meio de transporte gratuito, garantido às partes que necessitam, ambos com fundamento no art. 6º e 208, VII, da Constituição Federal, dessa forma, não há reparos à r. sentença a se fazer.

No que tange aos honorários impõe-se sua redução, restando arbitrados em 15% sobre o custo anual estimado por aluno que é estimado em R$ 7.799,06 nos termos da Portaria Interministerial do MEC/ME nº 7/22, perfazendo destarte R$ 1.169,85 devidos.

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 mencionar todos os dispositivos constitucionais e legais elencados.

Do exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso, nos termos do acórdão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005929-40.2023.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é apelado(a) A.C. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso oficial e negaram provimento à apelação do Município, nos termos da fundamentação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.229)**

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 novembro de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO e REEXAME NECESSÁRIO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – Pretensão ao fornecimento de vaga em creche, por período integral, próxima à residência – REEXAME NECESSÁRIO não conhecido – Conteúdo econômico da obrigação imposta na sentença absolutamente mensurável por meros cálculos aritméticos que, por seu turno, é inferior ao valor de alçada (CPC, art. 496, § 3º) – Hipótese que reclama o não conhecimento do recurso oficial – Jurisprudência consolidada no âmbito desta Colenda Câmara Especial – APELAÇÃO – Dever do Poder Público de fornecer a vaga em tempo integral (inc. IV, do art. 208, da CF; inc. V, do art. 53 e inc. IV, do art. 54, ambos do ECA) – Nos termos do § 2º, do art. 211, da Constituição Federal, compete prioritariamente aos Municípios a atuação quanto ao ensino fundamental e à educação infantil, na qual se inserem creche e pré-escola – Súmulas 63 e 65 deste Eg. Tribunal de Justiça – Não avistável incompatibilidade, antes harmonização, entre a garantia à educação e a convivência familiar – Honorários advocatícios fixados em R$ 500,00, sem irresignação do interessado. Honorários sucumbenciais recursais arbitrados em R$ 250,00, nos termos do § 11, do art. 85 do CPC – Recurso oficial não conhecido e desprovido o apelo do Município.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada pela criança **A.C.** (nascida em (...)), representada por sua mãe, objetivando o fornecimento de vaga em creche, por período integral, da rede pública, próxima à residência da família.

Sobreveio sentença de procedência concedendo à criança autora vaga em estabelecimento de educação infantil, em período integral, próxima à residência, assegurado o transporte em caso de unidade distante. Honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (fls. 42/44).

Inconformado, o Município interpôs recurso de apelação, pugnando pela reforma da sentença. Sustenta que a imposição da obrigação representa violação ao princípio da separação dos poderes. Argumenta a impossibilidade de escolha da instituição em respeito à discricionariedade do ente público (fls. 49/53).

Foram apresentadas contrarrazões, com pleito de honorários recursais, nos termos do § 11, do art. 85 do CPC (fls. 57/63).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 71/79).

É o relatório.

De partida, não conheço do reexame necessário, porque de acordo com o Anexo I da Portaria Interministerial do **MEC/ME n. 2, de 19 de abril de 2023**[1], que alterou a Portaria Interministerial do **MEC/ME n. 7, de 29 de dezembro de 2022**[2] que estabelece parâmetros referenciais anuais do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb para o exercício de **2023**, o valor anual estimado **por aluno** de creche integral para o Estado de São Paulo é **R$ 7.789,99,** com igual valor para a pré-escola integral. Para creche em período parcial, o mesmo documento estima valor anual na ordem de **R$ 7.190,76**; para a pré-escola em regime parcial, **R$ 6.591,53** e, portanto, o conteúdo econômico da sentença – absolutamente aferível à luz do caso concreto –, é inferior aos patamares estipulados pelos incisos II e III do § 3º do artigo 496 do CPC.

Sobre o tema, destaco o seguinte precedente do STJ, a saber:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REMESSA NECESSÁRIA. CPC/2015. CONDENAÇÃO OU PROVEITO ECONÔMICO INFERIOR A MIL SALÁRIOS MÍNIMOS. DISPENSA DA REMESSA NECESSÁRIA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ***1. A Corte de origem, ao apreciar a controvérsia assentou que, 'embora no início da lide, efetivamente, pudesse se considerar incerto o montante do bem da vida vindicado, ao tempo da pro-***

1 https://www.gov.br/fnde/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/financiamento/fundeb/legislacao/2023/portaria-interministerial-no-2-de-19-de-abril-de-2023.pdf/view

2 https://www.in.gov.br/en/we9b/dou/-/portaria-interministerial-n-7-de-29-de-dezembro-de-2022-*-455770315

Acesso ao Sumário

lação da sentença o proveito econômico obtido com a condenação tornou-se certo e líquido, bastando, apenas, a realização de meros cálculos aritméticos para a aferição do montante devido' (fl. 134), o que tornaria possível afastar o reexame necessário, porque não ultrapassado o limite previsto no art. 496, § 3º, I, do CPC/2015. *2. A referida conclusão encontra sintonia na jurisprudência firmada pelo STJ, segundo a qual 'a orientação da Súmula 490 do STJ não se aplica às sentenças ilíquidas nos feitos de natureza previdenciária a partir dos novos parâmetros definidos no art. 496, § 3º, I, do CPC/2015, que dispensa o duplo grau obrigatório as sentenças contra a União e suas autarquias cujo valor da condenação ou do proveito econômico seja inferior a mil salários mínimos.' (REsp 1.735.097/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 11/10/2019). Ainda, no mesmo sentido: REsp 1.844.937/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 22/11/2019 e AgInt no REsp 1.852.972/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 1º/7/2020. 3. Agravo interno não provido."* (AgInt no REsp 1864360/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 27/11/2020). (g.n)

Essa é jurisprudência consolidada no âmbito desta Colenda Câmara Especial, como se extrai exemplificativamente de alguns de seus mais recentes julgamentos a seguir transcritos: AC n. 1005455-06.2022.8.26.0309, j. 05.10.2022 que fui relator; AC n. 1010931-86.2022.8.26.0224, j. 28.09.2022, Rel. Sulaiman Miguel, RN n. 1012877-33.2021.8.26.0223, j. 07.10.2022, Rel. Francisco Bruno, AC n. 1000594-17.2022.8.26.0037, j. 30.09.2022, Relª. Silvia Sterman, AC n. 1002265-83.2022.8.26.0099, j. 29.08.2022, Rel. Guilherme Gonçalves Strenger.

Assim, não conheço do reexame necessário. Passo à análise do recurso voluntário.

Trata-se, como se vê, de apelação em autos de ação de obrigação de fazer, apresentada pelo Município de Jundiaí, contra a sentença que julgou procedente o pedido e assegurou o fornecimento de vaga, por período integral, próxima a residência assegurado o transporte em caso de unidade distante.

O recurso não merece ser provido.

Vejamos.

A pretensão posta na inicial, diante da ausência de vagas, volta-se à garantia do acesso de criança ao ensino infantil em local próximo à residência no período integral. É nítido o caráter emergencial e a pretensão está totalmente amparada por norma constitucional, de modo a justificar o evidente interesse processual almejado.

O direito postulado não depende de prévio cadastro perante órgãos públicos e nem da estrita observância a trâmites burocráticos impostos pelo Município, consubstanciados em lista de espera, assim como não se exige comprovação

Acesso ao Sumário

de recusa administrativa para o manejo de ação judicial buscando a concretização do direito à educação.

Não se pode perder de vista que a Constituição estabelece como dever do Estado, em todas as esferas de atuação, a garantia de *"educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade"* (inc. IV, do art. 208, com a redação dada pela EC nº 53/2006).

No mesmo sentido, o inc. V, do art. 53, e inc. IV, do art. 54, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, e art. 29 da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

A educação infantil se molda à primeira etapa da educação básica, tendo como fim a complementação da ação da família e da comunidade para o desenvolvimento integral da criança até os cinco anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual, moral e social.

De outra parte, se é certo que o art. 211 da Constituição Federal estatui um sistema de colaboração entre os entes federativos, é do mesmo modo correto dizer, por força do § 2º do mesmo dispositivo, que sobre o Município recaí, prioritariamente, a atribuição quanto ao ensino fundamental e à educação infantil, a abranger a garantia de vaga em creche e pré-escola, inclusive (no mesmo sentido: art. 240 da Constituição paulista).

Neste sentido:

"Direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária" (STJ – REsp 575.280 – j. 25.10.04).

Tal entendimento também vem sumulado por esta Col. Corte de Justiça, nos termos do enunciado n. 63: *"É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território"*.

Longe de se verem aqui normas programáticas, argumentos pelos quais usualmente os administradores públicos se escusam de cumprir as obrigações que lhes são dirigidas pela Constituição Federal, descortinam-se, na espécie, normas impositivas de eficácia plena, vocacionadas à plena efetivação do direito ao ensino proclamado no artigo 6º da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Não custa, por outro lado, pontuar que não se está a reconhecer um inexistente direito dos responsáveis da criança à escolha de determinada instituição educacional, eleição de comum monopolizada pela Administração, tributária da discricionariedade própria às pessoas políticas na organização da rede de ensino local. Sem embargo, sob o pálio de manejo desse indicado poder discricionário, a eleição administrativa não poderá implicar restrição ou mesmo eliminação do direito fundamental de acesso ao ensino. Assim, caso a creche indicada pelo

administrador mostre-se demasiadamente distante – assim compreendida, segundo solidada jurisprudência desta eg. Câmara, distanciamento superior a dois quilômetros da residência da criança – cumprirá ao Poder Público o fornecimento de transporte adequado, assim como decidido.

Acrescente-se que não há avistável incompatibilidade, antes harmonização, entre a garantia à educação e a convivência familiar. Trata-se, em verdade, de atividades complementares: esta, de formação; aquela, sobretudo, de instrução.

Ainda que seja desejável o primado do convívio da criança no meio doméstico, não se extrai da redação do art. 227 da CF a exigência de se esgotarem as formas de persistência da criança no seio do lar para, só então, demandar incluí-la em educação infantil pública.

O acesso à creche está relacionado tanto ao direito à educação, quanto ao universo do direito assistencial, pois possibilita aos pais, segundo amplo espectro de motivos (de necessidade, alguns, de conveniência, outros), que ali deixem seus filhos e exerçam sua atividade laborativa, viabilizando o melhor sustento da família.

Assim sendo, se a criança não tem onde nem com quem permanecer enquanto os pais trabalham e ainda durante o período de férias escolares, é obrigação assistencial do Município organizar espaço adequado para a permanência da criança. E aqui, deve vigorar o princípio do melhor interesse da criança, prioridade absoluta, nos termos do que dispõe o art. 227 da Constituição federal:

"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

Além disso, "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" e "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (art. 226, *caput* e § 8º, da CF-88).

Assim, em período integral, as crianças poderão desfrutar plenamente dos programas educacionais e assistenciais existentes, como também a dedicação de seus responsáveis aos compromissos profissionais em tempo integral.

Não há, com a presente providência, violação à separação e independência dos Poderes, ou mesmo aos vetores da isonomia e discricionariedade administrativa, tal como cristalizado na Súmula n. 65 deste Tribunal de Justiça.

Por mais razoáveis se mostrem as diretrizes administrativas e a invocação de óbices orçamentários, não podem eles, à conta de isonomia e reserva do possível, impor restrições à larga fundamentalização do bem da educação pela

Acesso ao Sumário

Constituição Federal.

Não há óbice em nosso ordenamento para que a Administração seja compelida a promover políticas públicas, notadamente às de fundamento constitucional (Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016).

Não havendo impugnação recursal aos honorários fixados na sentença, mantenho o importe fixado em primeiro grau.

Por fim, tendo em vista o não provimento do recurso do Município, é hipótese de fixação de honorários recursais, nos termos do § 11, do art. 85, do CPC, que ora fixo em R$ 250,00.

Considera-se prequestionada toda a matéria veiculada no recurso, para fins de eventual acesso às instâncias superiores.

Com isto, **não conheço** do recurso oficial e nego **provimento** à apelação do Município, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500588-25.2022.8.26.0595, da Comarca de (...), em que é apelante R.D.G.S. (MENOR), é apelado 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 56.126)**

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, 14 de novembro de 2023.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação – Infância e Juventude – Adolescente representado pela prática de ato infracional equiparado ao crime de ameaça – Representação procedente – Aplicação de prestação de serviços à comunidade – Recurso da defesa – Pedido de improcedência – Impossibilidade – Adolescente que ameaçou o ofendido, causando-lhe temor – Acervo fático-probatório coeso e seguro – Recurso desprovido.

VOTO

VISTOS.

R.D.G.S., inconformado com a r. sentença de fls. 124/127, que julgou procedente a representação contra ele formulada e aplicou-lhe a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, por três meses, em virtude da prática ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 147, *caput*, do Código Penal, apela (fls. 145/149), postulando a "absolvição".

Contra-arrazoado o apelo (fls. 152/155) e mantida a r. sentença guerreada (fl. 157), em seu parecer a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento (fls. 166/168).

É o relatório.

Consta dos autos que, no dia (...), por volta das (...), no interior da Escola Estadual (...), cidade e comarca de (...), o adolescente apelante, então com 15 anos, ameaçou o também adolescente J.H.R.V., de 14 anos, por palavras de causar-lhe mal injusto e grave.

Inicialmente, para a exata compreensão da controvérsia ora examinada, faz-se mister proceder à transcrição do teor da narrativa exposta pelo *Parquet* na exordial, *verbis*:

> *"Segundo se apurou, nas circunstâncias acima narradas, o adolescente R. passou a intimidar o adolescente J.H. no interior da Escola Estadual (...).*
>
> *Com efeito, o adolescente durante o intervalo da escola, dirigiu-se à vítima J.H. e o chamou de 'cagueta' (sic) e proferiu ameaças dizendo 'vai morrer, vai morrer cedo', evidenciando, assim, promessa de causar mal injusto e grave."* (fl. 65)

Pois bem. Esta é, em suma, a contextura fática que, consoante a versão aduzida pelo *Parquet* na peça vestibular, subjaz à presente ação socioeducativa.

E, uma vez feito o registro da exposição factual que consta da peça inaugural, tenho para mim que, *in casu*, o decidido na r. sentença deve prevalecer.

Em oitiva informal (fl. 63) e em Juízo (fls. 95/100), o adolescente negou a prática infracional, alegando que não ameaçou o colega.

Nada obstante, analisando-se os demais elementos de convicção carreados ao longo de toda a persecução, verifica-se que, na espécie, estão bem provadas a autoria e a materialidade da ameaça.

Perante o magistrado singular (fls. 108/109), a parte ofendida reiterou o alegado anteriormente, frisando que as ameaças tiveram o teor "vai morrer, vai morrer cedo, cagueta".

E a versão fática apresentada pelo ofendido tem apoio nas declarações da testemunha de F.N.R. (fls. 110/111), sua mãe, que esclareceu como teve notícia do fato, sendo relevante transcrever o termo de sua inquirição:

> *MP.: E o filho da senhora ele ficou com medo das ameaças?*
>
> *D.: Sim, ele ficou com medo. Na verdade, quando aconteceu, foi uma*

Acesso ao Sumário

bomba que o menino soltou na rodoviária, ele não me contou, ele contou só para meu pai, para não me deixar nervosa, e meu pai teria buscado ele na escola, nos outros dias que teria acontecido isso. Aí, nesse dia que foi a ameaça e ele me contou que a diretora orientou ele pede para sua mãe vir aqui, põe ela a par dos fatos, depois, pra poder ir à delegacia fazer o boletim.

J.: Então, depois das ameaças, o avô dele que foi buscar ele uns dias na escola porque ele estava com medo?

D.: Isso. No primeiro dia, ele não ameaçou, ele só falou para os outros que ia pegar o J. na saída, que ia bater no J. na saída porque tinha acontecido esse episódio. Acho que foi a coordenadora que levou meu filho embora pra casa. Ele chegou, entrou, e não me contou nada. Ele contou para o meu pai, meu pai foi buscar ele, ele entrou na escola, conversou e só me contou nesse dia da ameaça mesmo.

Nesse contexto, analisando os elementos de convicção carreados ao longo da instrução, verifica-se que, ao contrário do sustentado pela defesa, não há que se cogitar de improcedência da representação, por falta de provas.

Oportuno ressaltar, ademais, que, sendo séria e idônea a ameaça, a ponto de intimidar o ofendido, como *in casu*, configura-se o ato infracional assemelhado ao delito do artigo 147, *caput*, do Código Penal, cujo elemento subjetivo consiste na vontade livre e consciente de ameaçar alguém de um mal injusto e grave.

A propósito:

"Nélson Hungria *observa que a ameaça é um crime formal isto é, consuma-se ainda quando*, in concreto, *não se verifique o resultado (intimidação) visado pelo agente, dês que a ameaça, considerada em si mesma, seja idônea para atemorizar um homem comum (Comentários ao Código Penal, vol. VI: 184, 4ª ed., Forense)*" (Rel. WALTER TINTORI – JUTACRIM 100/328).

No caso concreto, a palavra da vítima merece prestígio, uma vez que inexiste qualquer prova ou indício de que estaria acusando injustamente o ofendido.

E, no caso concreto, a palavra de J. restou corroborada pelos demais elementos de convicção, não havendo dúvida de que o apelante o ameaçou de mal injusto por conta de ter sido delatado por fato anterior.

Ademais, não foi trazida aos autos qualquer prova que pudesse ilidir a imputação que recai contra o recorrente, não obstante o esforço despendido e os argumentos oferecidos pela defesa.

A r. sentença bem analisou o quadro probatório dos autos, dando aos fatos perfeita adequação jurídica.

Na reiteração da instância nada de novo foi alegado que infirmasse as conclusões da decisão recorrida.

Em suma, a reanálise a que ora se procede da presente representação, com

o acurado exame de todos os seus aspectos processuais e o minucioso revolvimento da matéria fático-probatória destes autos, conduz à inexorável conclusão de que, mediante persecução legal e constitucionalmente hígida, restou evidenciada, de forma estreme de dúvidas, *(i)* que o representado praticou, com vontade livre e consciente, o ato infracional que lhe é irrogado, quedando-se patenteada, pois, a adequação típica, sob os prismas objetivo e subjetivo, da conduta em tela, bem assim *(ii)* a plena responsabilidade do agente em aludidos eventos – não se verificando, portanto, a existência de mácula alguma neste instrumento, tampouco a ocorrência de afronta a qualquer dos princípios e regras norteadores da matéria.

Em outras palavras, tendo sido observadas, na espécie, todas as regras legais e diante da robustez do acervo fático-probatório produzido pelo *Parquet*, conclui-se que nenhum dos argumentos de mérito deduzidos pela combativa defesa está a merecer acolhimento.

Por fim, há que se conservar, na espécie, a imposição da medida socioeducativa de *prestação de serviços à comunidade*, eis que bem fundamentada, pelo MM. Juízo *a quo*, sua aplicação no caso concreto, sequer existindo impugnação específica quanto a esse tópico, devendo o rapaz se beneficiar não só do acompanhamento estatal como também aprenderá a valorizar o trabalho e a colaborar com a comunidade em que está inserido.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0037277-50.2023.8.26.0000, da Comarca de Cerqueira César, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE CERQUEIRA CÉSAR, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA JUDICIAL DE CERQUEIRA CÉSAR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo de competência e declararam a competência do Juízo suscitante (MM. JUÍZO DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE CERQUEIRA CÉSAR). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.477)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 1º de novembro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer ajuizada contra o Estado – Redistribuição para a Vara responsável pelo Juizado Especial da Fazenda Pública – Alegação, pelo JEFAZ, de necessidade de prova pericial, que não se confunde com o exame técnico do art. 10, Lei nº 10.153/2009 – Princípios da oralidade, da celeridade, da unirrecorribilidade e da gratuidade em primeiro grau prejudicados pela realização de perícia regida pelo Código de Processo Civil – Situação concreta a indicar a desnecessidade de perícia complexa – Ausência de controvérsia acerca da necessidade da cirurgia – Divergência médica exclusivamente em relação ao momento da realização do procedimento cirúrgico – Prova passível de produção através de exame técnico, com oitiva dos médicos que avaliaram a paciente – Precedentes desta C. Câmara Especial – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitante.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo **MM. JUÍZO DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL** em face do **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA JUDICIAL**, ambos da Comarca de Cerqueira César, nos autos da *ação de obrigação de fazer* movida por W.E.S. em face do Estado de São Paulo (Proc. nº (...)).

Divergem os MM. Juízos de Direito quanto à competência para o processamento e julgamento da aludida ação, por meio da qual se pretende compelir o ente público requerido a providenciar a realização de procedimento cirúrgico no autor, conforme documentos médicos, que está aguardando vaga para especialidade de Ortopedia na Unesp/Botucatu, para dar início ao tratamento e fazer a cirurgia necessária.

O dissenso entre os juízos se dá em relação à eventual necessidade de

Acesso ao Sumário

produção de prova técnica para o desate da lide, especificamente quanto à sua complexidade.

Foi designado o **Juízo suscitante (MM. JUÍZO DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE CERQUEIRA CÉSAR)** para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 7/8).

É o relatório.

Conhece-se do conflito negativo de competência, visto que presente a hipótese prevista no art. 66, II, do Código de Processo Civil, na medida em que ambos os Juízos declinam da competência para processar a demanda.

A questão posta é a competência (ou não) da Vara do Juizado Especial Cível para o julgamento de demanda ajuizada em face do Estado de São Paulo, em que se pleiteia a realização de cirurgia.

E, *in casu*, razão assiste ao Juízo suscitado.

Cumpre frisar, de início, que, segundo o art. 8º do Provimento CSM nº 2.203/09, nas Comarcas em que não foram instalados os Juizados Especiais de Fazenda Pública, ficam designados para processamento das ações de competência do JEFAZ:

(i) as Varas da Fazenda Pública, onde instaladas;

(ii) as Varas do Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada;

(iii) os Anexos de Juizado Especial, nas comarcas onde não haja Vara da Fazenda Pública e de Juizado Especial, designados os Juízes das Varas Cíveis ou Cumulativas para o julgamento.

Considerando que na Comarca de Cerqueira César não existem Varas do Juizado Especial da Fazenda e tampouco as Varas Especializadas da Fazenda Pública, são as varas do Juizado Especial que acumulam tais competências, nos termos do item "ii" acima apontado.

Assim, o presente conflito versa, em última análise, sobre a competência da Vara Cível Comum ou da Vara do Juizado Especial da Fazenda (ou aquela que tiver competência para tanto), para o processamento de feito em que se postula seja o Estado compelido a fornecer cirurgia ao autor.

Pois bem.

De acordo com o artigo 98, I, da Constituição Federal, a competência dos Juizados Especiais Cíveis é limitada pelo valor atribuído à causa, bem como à menor complexidade da demanda.

Em reforço a tal norma constitucional, o artigo 2º da Lei nº 12.153/2009 ratifica o limite de 60 salários-mínimos para tanto. Já o § 4º do mencionado artigo 2º da Lei nº 12.153/09 estabelece que se trata de competência absoluta dos Juizados da Fazenda Pública.

Atribuído à causa o valor de R$ 30.000,00 (fl. 8 dos autos de origem), que se encontra dentro do limite acima mencionado, somente sob esse prisma, o

Acesso ao Sumário

feito deveria ser processado no Juízo que exerce as funções do Juizado Especial da Fazenda Pública na comarca.

Contudo, esse não é o único critério para que se defina a competência dos Juizados Especiais, como se vê da norma constitucional.

Além de se enquadrar no limite legal do valor da causa, a competência dos Juizados exige, também, que a matéria discutida na demanda não seja passível de exclusão da competência do Juizado Especial (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.153/2009) e que não se trate de feito em que se faz necessária a realização de perícia complexa.

Noutras palavras, a competência fixada aos Juizados Especiais da Fazenda Pública por conta do valor da causa não é absoluta, prevalecendo o afastamento da competência do Juizado Especial em causas, no que interessa ao feito, cuja prova a ser produzida em Juízo se mostre, **concretamente**, complexa a ponto de prejudicar os princípios informadores do procedimento sumaríssimo, especialmente o da concentração de atos e da informalidade.

Nesse sentido, o art. 10 da Lei 12.153/2009 limita a prova de natureza técnica nos processos de competência dos Juizados Especiais ao "exame técnico", que não se confunde com a prova pericial.

Resta, então, definir os parâmetros do que deve ser considerado prova pericial complexa e do que se encaixa no conceito de "exame técnico".

Sendo omissa a Lei 12.153/2009 quanto ao regime geral de produção de provas no procedimento por ela previsto em face da Fazenda Pública, aplica-se, subsidiariamente, o regime da Lei 9.099/1995 (art. 27, Lei 12.153/2009).

Tal regime, especial em relação ao regime geral previsto no Código de Processo Civil, limita o procedimento sumaríssimo dos Juizados no caso da necessidade de produção de prova pericial, **restrita a prova técnica àquela que pode ser produzida em audiência, através da inquirição de técnicos da confiança do Juízo** (art. 35, Lei 9.099/1995).

Embora seja espécie de **prova pericial**, tem-se a autonomia e especialidade do **exame técnico**, caracterizando-se como prova limitada, não se substituindo à produção de **laudo pericial** nos termos do Código de Processo Civil, sabidamente mais complexo e com a atuação de assistentes técnicos, formulação de quesitos, adiantamento de honorários periciais etc.

O exame técnico, ao contrário, restringe-se à análise técnica sobre prova já fixada em suporte material, geralmente documental e acessível nos autos, emitindo opinião técnica a respeito dos fatos fixados no documento.

A prova pericial complexa, por sua vez, demanda não apenas a análise técnica da prova já materializada nos autos (ou passível de materialização por simples juntada de documentos), mas a produção da própria prova, por meio de laudo pericial que traduza documentalmente a realidade fática observada do exame feito sobre o fato probando.

Acesso ao Sumário

Ou seja, a prova pericial parte da análise pelo perito do fato a ser provado, produzindo-se, a partir daí, documento que será juntado aos autos com o resultado da prova técnica decorrente de procedimento probatório específico, circunstância essa que desvirtua o rito sumaríssimo obrigatório no âmbito dos Juizados Especiais.

Esse é o motivo da prova pericial complexa não ser admitida no procedimento dos Juizados.

Assentada tal premissa, forçoso concluir que, no caso em apreço, a competência para o processamento do feito é do Juízo suscitante, na medida em que não parece que se possa considerar necessária a realização de perícia complexa, sobretudo porque ausente divergência acerca da **necessidade** da cirurgia.

A controvérsia, pelo que se depreende dos autos, concentra-se, sobretudo, no momento de realização da cirurgia, considerada urgente pela parte autora.

Ainda que o Juízo suscitante considere necessária uma avaliação médica das condições do autor para aferição do momento da realização do ato cirúrgico, essa avaliação enquadra-se no conceito de *"exame técnico"* acima apontado, e não pode ser considerada, nas condições em questão, uma perícia complexa.

Não se discute a competência judicial para deliberar sobre a necessidade da prova técnica, mas, sim, a complexidade de sua realização.

Afinal, o paciente já foi examinado por médicos que acompanham seu caso (fls. 13/20 dos autos de origem), cabendo, tão somente, aos profissionais, aquele que recomenda a cirurgia e aquele que irá realizá-la, esclarecer as razões acerca de eventual divergência em relação ao momento de efetivação do ato cirúrgico, o que permitirá a definição de haver ou não necessidade de sua imediata realização.

E, se assim é, demandando o feito unicamente *"exame técnico"* mais simples ou mesmo a oitiva dos médicos em audiência, impõe-se seu processamento pelo Juizado Especial da Fazenda Pública.

Este é o entendimento firmado por esta Colenda Câmara Especial em casos análogos, em que o valor da causa é inferior ao limite legal e não se faz necessária a realização de perícia complexa:

> *"Conflito negativo de competência – Ação de obrigação de fazer – Tratamento de quimioterapia – Distribuição para a Vara da Fazenda Pública com determinação de redistribuição ao JEFAZ, em razão do valor da causa – Necessidade de prova pericial, que não se confunde com o exame técnico do art. 10, Lei nº 10.153/2009 – Princípios da oralidade, da celeridade, da unirrecorribilidade e da gratuidade em primeiro grau prejudicados pela realização de perícia regida pelo Código de Processo Civil – Situação concreta a indicar a desnecessidade de perícia complexa – Ausência de controvérsia acerca da doença acometida e da necessidade do tratamento prescrito – Eventual dúvida acerca da necessidade do*

Acesso ao Sumário

tratamento que pode ser dirimida através de exame técnico, com oitiva do médico que avaliou a paciente – Inexistência de prejuízo ao rito sumaríssimo – Competência da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital (Juízo suscitante).” (CC nº 004508-42.2018.8.26.0000; Rel. Des. Fernando Torres Garcia – Pres. da Seção de Direito Criminal; j. 04/02/2019).

“Conflito negativo de competência – Ação de obrigação de fazer – Cirurgia de prótese de quadril D bilateral – Distribuição para a Vara da Fazenda Pública com determinação de redistribuição ao JEFAZ, em razão do valor da causa – Necessidade de prova pericial, que não se confunde com o exame técnico do art. 10, Lei nº 10.153/2009 – Princípios da oralidade, da celeridade, da unirrecorribilidade e da gratuidade em primeiro grau prejudicados pela realização de perícia regida pelo Código de Processo Civil – Situação concreta a indicar a desnecessidade de perícia complexa – Ausência de controvérsia acerca da necessidade da cirurgia de colocação da prótese – Divergência médica em relação ao momento do ato realização do ato cirúrgico, diante da notícia de etilismo e tabagismo pelo paciente, que acarreta risco pós-operatório – Prova passível de produção através de exame técnico, com oitiva dos médicos que avaliaram o paciente – Inexistência de prejuízo ao rito sumaríssimo – Competência da Vara do Juizado Especial Cível de Indaiatuba (suscitante).” (CC nº 0041698-59.2018.8.26.0000; Rel. Des. Fernando Torres Garcia – Pres. da Seção de Direito Criminal; j. 03/12/2018).

“Conflito negativo de competência – Ação de obrigação de fazer cujo valor da causa é inferior a 60 (sessenta) salários mínimos – Distribuição da demanda à 3ª Vara da Comarca de Bebedouro – Remessa ao Juizado Especial – Admissibilidade – Competência absoluta do Juizado Especial Cível, por força do disposto no art. 2º, § 4º, da Lei 12.153/2009 c.c. o art. 2º, inc. II, ‘b’, do Prov. CSM 1.768/2009 – Desnecessidade de perícia complexa a afastar a competência do Juizado Especial – Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitante.” (CC nº 0054310-63.2017.8.26.0000; Rel. Desª. Ana Lúcia Romanhole Martucci; j. 29/01/2018).

Em suma, levando-se em conta o valor atribuído à causa, e ausente a demonstração da necessidade de prova pericial complexa, prevalece a competência absoluta dos Juizados Especiais.

Ante o exposto, conheço do conflito negativo de competência e declaro a competência do **Juízo suscitante (MM. JUÍZO DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE CERQUEIRA CÉSAR)**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0043207-49.2023.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DE BARUERI, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 4ª Vara Cível do Foro Central da Capital. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 121.524)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 5 de dezembro de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de execução de título extrajudicial proposta no foro de eleição. Remessa para a comarca que alberga o domicílio do executado. Impossibilidade. Ausência de demonstração de abusividade da cláusula de eleição. Distribuição do feito não aleatória. Inteligência do art. 781, I, do CPC. Competência territorial, de natureza relativa, indeclinável de ofício. Inteligência da súmula nº 33 do STJ. Competência do Juiz suscitado da 4ª Vara Cível do Foro Central da Capital.

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de competência** suscitado pela **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DE BARUERI** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA CAPITAL**, nos autos da ação de execução de título extrajudicial nº 1088656-04.2023.8.26.0100, proposta por *Bradesco Saúde S.A.* em face de *Hastara Bank S.A.*

Argumenta que as partes elegeram o foro da comarca da capital para a solução de eventuais litígios decorrentes de termo de transação por elas entabu-

Acesso ao Sumário

lado. Aduz que, tratando-se de competência territorial, não poderia o Juízo suscitado reconhecer de ofício a sua incompetência. Assevera que há entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal acerca da validade da cláusula de eleição de foro. Acrescenta que sequer há indicação de abusividade da aludida cláusula, capaz de invalidar a manifestação de vontade das partes.

Não há interesse que justifique a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É O RELATÓRIO.

Está configurado o conflito negativo de competência, pois ambos os Juízes se consideraram incompetentes para processar e julgar a ação, nos termos do artigo 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão à MMª. Juíza suscitante.

A ação foi distribuída livremente para a 4ª Vara Cível do Foro Central da Capital, em razão da existência de cláusula que elegeu o aludido foro para dirimir as controvérsias decorrentes do termo de transação entabulado entre as partes (fls. 109/113 da origem). O Juiz, contudo, pelo fato de não existir nada que relacione as partes ou o título executivo à comarca da Capital, declinou da competência e determinou a remessa dos autos para a comarca de Barueri, à vista do domicílio do executado. Recebido o feito, a Juíza da 4ª Vara Cível de Barueri suscitou o presente conflito.

De acordo com o artigo 781, I, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

"Art. 781. A execução fundada em título extrajudicial será processada perante o juízo competente, observando-se o seguinte:

I – a execução poderá ser proposta no foro de domicílio do executado, de eleição constante do título ou, ainda, de situação dos bens a ela sujeitos;"

In casu, o exequente propôs a ação no foro de eleição, qual seja, o foro da Capital, conforme permitido pelo dispositivo legal supramencionado, não havendo que se falar em escolha aleatória do juízo.

Ademais, a eleição de foro é legalmente permitida, consoante dispõe o artigo 63 do Código de Processo Civil:

"Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

§ 1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§ 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.

§ 3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu.

§ 4º Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão."

Acesso ao Sumário

No caso, embora não se desconheça que a cláusula de eleição abusiva possa de ser reputada ineficaz de ofício pelo Juiz, não houve sequer o apontamento de suposta abusividade da eleição do foro da Capital no caso concreto.

Desta feita, tratando-se de competência territorial, relativa, eis que o conflito foi instaurado entre comarcas diversas, incabível a declinação de ofício, nos termos dos artigos 64 e 65 do Código de Processo Civil.

A propósito, esse é o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça na súmula nº 33: *"A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício."*

Ante o exposto, **CONHEÇO DO CONFLITO NEGATIVO** para declarar a competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 4ª Vara Cível do Foro Central da Capital.

Comunique-se e cumpra-se, com urgência.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2267166-31.2023.8.26.0000, da Comarca de Avaré, em que é impetrante A.H.S. e paciente G.M.O.P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.099)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 16 de novembro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *Habeas Corpus*. Infância e juventude. Remissão suspensiva. Descumprimento da medida socioeducativa em meio aberto. Comprovação por meio de relatórios de avaliação do paciente. Necessidade de continuidade do processo de apuração do ato infracional. Desnecessidade de oitiva prévia do adolescente. Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

O Advogado A.H.S. impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de **G.M.O.P.**, por entrever constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo da 2.ª Vara Criminal, da comarca de Avaré (autos n.º (...)).

Afirma, em síntese, que ao paciente, responsabilizado pela suposta prática de ato infracional equiparado a crime de furto qualificado, por fatos ocorridos em (...), e foi concedida a remissão judicial cumulada com *prestação de serviços à comunidade*.

Em razão do descumprimento da medida, em 1.º/3/2023 foi realizada audiência de justificação, na qual o paciente não compareceu, razão por que determinada a *internação-sanção*, posteriormente revogada por esta Colenda Câmara Especial (*habeas corpus* n.º (...)).

Após, acolhendo o pleito ministerial, o MM. Juízo *a quo* decidiu pela revisão da remissão concedida, retomando-se o processo de conhecimento contra o paciente.

Sustenta, no entanto, que a decisão é ilegal, por inobservância do devido processo legal, visto que a remissão foi revogada sem a prévia audiência de justificação. Aduz, ainda, que, em razão da determinação de *internação-sanção*, posteriormente revogada, o paciente já foi injustamente internado por 15 dias, de modo que necessária, de forma compensatória, a concessão do perdão judicial.

Requer, assim, anulação da decisão ou a substituição da *"remissão imprópria pela remissão própria, com perdão puro e simples"* (fls. 1/7).

A liminar foi indeferida, com a dispensa das informações da D. Autoridade apontada como coatora (fls. 32/36).

A D. Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls., opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

De início, reporto-me à r. decisão que indeferiu o pedido liminar:

> *"A r. decisão impugnada (fls. 16/18), ao que consta, está bem fundamentada e justificou as razões pelas quais entendeu necessária a revogação da remissão. Destacou-se, a propósito:*
> *'Conforme bem ressaltou o Ministério Público às fls. 163/165, no decorrer de um ano, não houve a elaboração do PIA pela entidade de fiscalização, já que o jovem sequer iniciou o cumprimento da medida socioeducativa que lhe foi determinada. Ademais, segundo relatório anexado às fls. 155/159, o sindicado compareceu ao Educandário Santa Maria, dizendo estar impossibilitado de cumprir a medida socioeducativa, pois está trabalhando de segunda a sábado e possui um filho recém nascido (sic).*
> *Assim, acolho a manifestação do Ministério Público às fls. 163/165, para* ***rever a remissão*** *concedida ao jovem, nos termos do artigo 128 do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

Acesso ao Sumário

Vale ressaltar que o fato de o jovem estar trabalhando e de ter constituído família não constituem óbices ao cumprimento da medida socioeducativa imposta. Nesse sentido, importante frisar o teor dos relatórios anexados nos autos, que enfatizaram o descompromisso do jovem, que não apresentou justificativa plausível para o não comparecimento aos atendimentos, apesar da flexibilidade dos horários.

Indefiro o pedido de fl. 169, uma vez que dado o descumprimento de medida imposta, no presente caso, entendo que é caso de revisão de remissão, segundo postulado pelo Ministério Público em conformidade com disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.'

Com efeito, o paciente descumpriu a medida imposta, não compareceu à audiência de justificação e, embora decretada a internação-sanção, que foi posteriormente afastada por esta Colenda Câmara Especial, não retomou a medida, sob a justificativa de impossibilidade por conta do trabalho e da necessidade de cuidados ao seu filho recém-nascido.

Percebe-se, assim, que, embora recentemente advertido, o paciente persiste no notório comportamento inadmissível, demonstrando desinteresse em cumprir a prestação de serviços à comunidade, razão por que possível a retomada do processo de conhecimento, para se apurar a eventual responsabilidade do jovem pelo ato que lhe é imputado, não havendo que falar em perdão judicial, pleito que, de qualquer forma, não possui amparo legal.

Não há que falar, ainda, em violação do devido processo legal, pois já foi devidamente oferecida oportunidade de justificação ao jovem, quando do descumprimento da medida aplicada em caráter de remissão, sendo que o paciente não só não compareceu à audiência como não retomou a medida.

É de notar, de qualquer forma, que não há previsão legal em relação à necessidade audiência de justificação na fase pré-processual e, diante do notório desinteresse do jovem em cumprir a medida imposta, apenas importaria em inócuo protelamento do regular processamento para apurar eventual responsabilidade do paciente.

Por derradeiro, observo que a remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do Ministério Público, conforme se verifica do disposto no art. 128, do ECA.

Assim, diante das circunstâncias elencadas, não há que falar, ao menos no exame perfunctório ora realizado, em revogação da decisão ou na concessão do perdão judicial, pois ausente ilegalidade flagrante que autorize o acolhimento do pedido liminar.

Por conseguinte, ***indefiro a liminar****."*

De fato, o benefício da remissão suspensiva não pode ser mantido ao adolescente que abandona a medida socioeducativa em meio aberto, que é imposta como condição da benesse.

A consequência do descumprimento é o prosseguimento do processo em que se apura o ato infracional.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARTS. 126, 127, 128 E 188 DO ECA. REMISSÃO COMO FORMA DE SUSPENSÃO DO PROCESSO, CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. DESCUMPRIMENTO. PROSSEGUIMENTO DA REPRESENTAÇÃO. PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E À AMPLA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A remissão judicial, após iniciado o procedimento da Representação, pode ser aplicada a qualquer momento antes da prolação da sentença (art. 188 do Estatuto da Criança e do Adolescente), como forma de suspensão do processo, podendo ainda ser cumulada com medidas socioeducativas em meio aberto, conforme a previsão dos arts. 126 e 127 do mesmo Estatuto. 2. No caso, ao menor foi aplicada a remissão como forma de suspensão do processo, cumulada à medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade. No entanto, além de não cumprir a medida, sequer compareceu ao CREAS quando oportunizada sua justificação. 3. Não há que se falar, portanto, em constrangimento ilegal, por alegada violação ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que a determinação judicial apenas seguiu a previsão legal do Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual permite a retomada da marcha processual, tendo em vista prever a figura da remissão como forma de suspensão do processo. 4. Ademais, não se verificou a imposição de medida mais gravosa (restritiva da liberdade do menor), mas apenas o prosseguimento do feito, com a devida instrução processual, a fim de serem averiguados os fatos descritos pelo representante do Parquet na Representação, ocasião em que serão observadas as garantias atinentes à ampla defesa e ao devido processo legal. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 649.421/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/4/2021, DJe de 13/4/2021)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Insurgência contra a decisão que revogou a remissão concedida em razão do adolescente não ter iniciado o cumprimento da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade. Inteligência do artigo 128 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Educando e representante legal que foram informados acerca da possibilidade de retomada do procedimento para apuração do ato infracional. Recurso ao qual se nega provimento." (TJSP; Agravo de Instrumento 2163511-77.2022.8.26.0000; Rel. Issa Ahmed; Câmara Especial; Foro de São Bernardo do Campo – Vara da Infância e Juventude;

Acesso ao Sumário

j. 22/09/2022)

Por mais que a combativa defesa procure justificar a indisciplina e a falta de compromisso do paciente, é inegável que os relatórios confirmam o descumprimento da medida.

Por fim, como mencionado, *"foi devidamente oferecida oportunidade de justificação ao jovem, quando do descumprimento da medida aplicada em caráter de remissão, sendo que o paciente não só não compareceu à audiência como não retomou a medida"*, de modo que não é necessária a oitiva do paciente antes de se determinar o prosseguimento do feito.

Como se vê, ausente qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2289283-16.2023.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é impetrante F.H.P.O., paciente T.H.P.L. e interessados L.C.L. e C.H.A.P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.353)**

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, 29 de novembro de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Execução de medida socioeducativa – Atos infracionais equiparados a furto qualificado e associação criminosa (incs. II e IV, do § 4º, do art. 155, por várias vezes, e art. 288, na forma do art. 69 todos do CP) – Sentença que julgou parcialmente procedente a representação e aplicou medida socioeducativa de internação – Autoria e materialidade demonstradas – Medida aplicada que, em princípio, mostra-se em conformidade com a gravidade e as circunstâncias do ato infracional, as condições

Acesso ao Sumário

pessoais do adolescente e a capacidade de cumprir a medida socioeducativa (art. 112, § 1º, do ECA) – Alteração eventual da medida exige exame aprofundado de fatos e provas, o que, a seu turno, mostra-se inviável em sede de *habeas corpus* – Precedentes desta Eg. Câmara Especial e do Col. Superior Tribunal de Justiça – Na espécie, a decisão atacada desfia motivação razoável e não contrasta das indicações constantes do feito – Inexistência de qualquer teratologia ou ilegalidade – Interposição de recurso de apelação, que é a via própria e adequada para a pretensão veiculada na presente ação constitucional – Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem que mais reforça a decisão denegatória – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

O servidor público **F.H.P.O.** impetra o presente *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de **T.H.P.L.**, nascido em (...), contra a r. sentença de parcial procedência de representação por indicada prática de atos infracionais equiparados a furto qualificado e associação criminosa (incs. II e IV, do § 4º, do art. 155, por várias vezes, e art. 288, na forma do art. 69 todos do CP), com aplicação de medida de internação (fls. 409/413 dos autos de origem).

Sustenta, em síntese, ilegalidade da decisão que teve como fundamento a gravidade em abstrato do ato infracional. Aduz a ausência das hipóteses taxativas previstas para imposição de internação, nos termos do art. 122 do ECA. Destaca a não demonstração da imperiosidade da medida extrema, conforme § 2º, do art. 122 do ECA. Ressalta a excepcionalidade da medida extrema. Pontua por analogia a Súmula 492 do STJ. Cita a primariedade e as circunstâncias pessoais do paciente.

Pretende, em liminar, a abstenção do ato atentatório contra a liberdade de locomoção do paciente. No mérito, pleiteia a concessão da ordem (fls. 01/06).

Após conclusão dos autos, a liminar foi indeferida (fls. 20/22). O MM. Juízo prestou informações (fls. 25/28).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 31/37).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Entende-se que a ordem *deve ser denegada*.

A Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adoles-

Acesso ao Sumário

cente) adota o sistema recursal do Código de Processo Civil, de tal arte que os recursos cabíveis são os enumerados em seu art. 994. E da sentença cabe apelação (art. 1.009 do CPC). Sem embargo, essa previsão não interdita o acesso ao *habeas corpus*, ação autônoma para a tutela do direito de locomoção, cuja admissibilidade deriva do próprio tecido constitucional.

Deve observar-se, contudo, como solidado no âmbito desta Egrégia Câmara Especial, não constituir o *writ "via propícia ao deslinde de intrincadas questões de fato ou ao juízo de merecimento e de conveniência que, demandando confronto de provas, incumbe à instância ordinária"* (HC-TJSP 2027330-79.2016, Comarca de São Paulo – Rel. Des. Ricardo Dip – Acórdão julgado em 07/03/2016 – Dje. 06/04/2016).

Com efeito, a concessão da ordem de *habeas corpus* pressupõe vistosa presença dos requisitos da ameaça de coação ao direito de locomoção e a ilegalidade da ameaça, o que não se avista no caso em exame, haja vista que a r. sentença hostilizada apresenta motivação razoável, construída a partir do livre convencimento do Magistrado sobre os elementos de prova abojados nos autos.

Trata-se, no caso, de atos infracionais equiparados a furto qualificado e associação criminosa (incs. II e IV, do § 4º, do art. 155, por várias vezes, e art. 288, na forma do art. 69 todos do CP), em que o magistrado, de modo fundamentado, expôs as razões de seu convencimento e de opção pelo tratamento ressocializador eleito, que teve como norte, por certo, a preservação do melhor interesse do adolescente.

As provas da materialidade e autoria estão acostadas nos autos do processo de conhecimento: relatório de investigação criminal (fls. 06/119) e provas orais colhidas durante a instrução (fls. 257/258 e 361).

Na análise da adequação da medida socioeducativa, o que o magistrado deve considerar na análise do caso concreto são as condições peculiares do adolescente imputado, formando um juízo de prognose do risco de recidiva, a exigir, quando presente, a medida de proteção em que consiste o internamento. Isso foi adequadamente observado na r. sentença alvejada.

Mencionada por analogia, a Súmula nº 492 do Superior Tribunal de Justiça não impede a análise de outros dados relevantes para fins da jovem cumprir adequado programa de ressocialização, sobretudo porque sendo o adolescente indivíduo em formação e que precisa ser orientado, a medida socioeducativa deve ser escolhida levando-se em consideração a sua eficácia no caso concreto.

Depreende-se que o paciente possui outro processo pela Vara da Infância e Juventude. A esse respeito, importa mencionar, o proc. nº (...), pela prática de ato infracional equiparado a roubo ("caput", do art. 157 do CP), praticado em 12/06/2023, com sentença extinção nos termos do inc. VI, do art. 485, do CPC c.c. o § 2º, do art. 45, § 2º, e inc. V, do art. 46, ambos da Lei do SINASE por ter sido aplicada medida de internação no caso em análise (fls. 22/23 dos autos

Acesso ao Sumário

mencionados).

Insta salientar que do relatório de diagnóstico polidimensional consta que o paciente abandonou os estudos em 2022, iniciou o uso de K2, passou por internação, passou a fazer uso de maconha, é acompanhado pelo CAPS-AD, a genitora é dependente química (faz uso de cocaína e crack), o genitor é falecido, reside com a avó materna e o tio, e a progenitora apresenta dificuldades de se posicionar como figura de autoridade (fls. 304/307 dos autos de origem).

Constata-se que o magistrado bem motivou as razões consideradas para a imposição da medida socioeducativa eleita, ancorada em prova produzida segundo o devido processo legal.

Por oportuno, imperioso se faz destacar trechos da r. decisão guerreada (especificamente em relação ao paciente), os quais explicitam com peculiar clareza os motivos que levaram à conclusão aqui questionada:

*"Em juízo, **T.** confessou que C. entregou a chave e controle do local e disse que poderiam ficar até 12 dias no local para subtrair objetos. C. disse que estava devendo, por conta de tráfico, e precisava pagar e da ajuda deles para cometer o furto. Disse que estudava com C.. Soube que L. estava envolvido em diversos furtos. E o conhecia da rua aonde morava.*

(...)

*Verifica-se no r**elatório de diagnóstico polidimensional da Fundação Casa** de fls.304/307 que o adolescente **T.** admite a participação no ato infracional, porém nega envolvimentos em atos posteriores. Alega que está 2º ano do ensino médio, referindo faltas por atestado médico, e depois apresentou abandono escolar. Informa que iniciou o uso de K2, em 2022, chegando ao ponto de passar por internação por intoxicação. Consta inda que o adolescente precisa de suporte para faciliar sua avaliação e construção de projetos pessoais, pois o jovem apresenta complexidade relativa ao uso de abuso de substâncias, sendo fundamental o acompanhamento de saúde mental.*

(...)

*E as **certidões de fls. 210** demonstram que o adolescente **T. possui passagens anteriores** pela Vara da infância e Juventude por delitos como roubo.*

Como se vê, o presente feito não restou isolado na vida dos representados, demonstrando personalidade desajustada e voltada a práticas infracionais. Ademais, as medidas em meio aberto não foram suficientes para afastá-lo do meio delitivo. Os adolescentes encontram-se em notória situação de vulnerabilidade e risco social, evidenciada pelo uso de drogas, abandono escolar, falta de suporte familiar e envolvimento no meio delitivo.

Deste modo, deixá-lo retornar à situação em que se encontrava só traria mais prejuízo aos próprios adolescentes.

*Portanto, diante da **gravidade em concreto** da conduta dos adolescentes, sua **reiteração na conduta delitiva, bem como a grave situação em que se en-***

Acesso ao Sumário

***contra, cabalmente demonstrada no relatório polidimensional**, entendo necessária e adequada a aplicação da **medida socioeducativa de internação**, única que se mostra capaz de reverter o atual quadro de instabilidade psicossocial que acomete o adolescente, já que terá acompanhamento de pessoal especializado a fim de orienta-lo e adapta-lo à convivência social"*

Neste contexto, verifica-se que a r. sentença bem fundamentou a excepcional necessidade da aplicação da medida extrema, nos termos do § 2º, do art. 122 do ECA. Ressalta-se que a finalidade da medida socioeducativa é ressocializadora, de tal sorte que desperte no adolescente o senso da gravidade de suas condutas, a reavaliação de seus atos, retirando-o da vulnerabilidade em que se encontra, para que mais adiante trilhe um caminho longe da criminalidade.

Neste sentido, já decidiu esta col. Câmara Especial:

"HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO FURTO QUALIFICADO. INTERNAÇÃO IMPOSTA POR SENTENÇA. Alegação de constrangimento ilegal, por inexistência de pressupostos autorizadores da medida. Inaplicabilidade. Prevalência da necessidade de afastá-lo do meio infracional. Significativo envolvimento com o meio deletério. Condições pessoais desfavoráveis. Providência necessária à ressocialização. Atendimento ao princípio da excepcionalidade. Inteligência do art. 122, § 2º., do ECA. Precedentes. ORDEM DENEGADA." (TJSP; *Habeas Corpus* Cível nº 2254169-50.2022.8.26.0000; Relator: SULAIMAN MIGUEL; Comarca de Ribeirão Preto – Data do Julgamento: 24/11/2022; Data de Registro: 24/11/2022).

Desta forma, é por ocasião da apelação (já interposta) que a medida socioeducativa poderá ser rediscutida, já que não se verifica qualquer ilegalidade flagrante.

Cabe ao magistrado levar em conta, na análise do caso concreto, as condições peculiares do jovem, conforme vem decidindo o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"[...] 3. A Quinta Turma desta Corte, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento no sentido de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não estipulou um número mínimo de atos infracionais graves para justificar a internação do menor infrator com fulcro no art. 122, inciso II, do ECA (reiteração no cometimento de outras infrações graves), cabendo ao Magistrado analisar as peculiaridades de cada caso e as condições específicas do adolescente a fim de melhor aplicar o direito". (HC n. 332.440 SP – j. de 24-11-15 Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca).

Não há, portanto, espaço para a almejada concessão da ordem. Como visto, a ordem de *habeas corpus* somente poderá ser expedida se e quando contemporaneamente presentes os requisitos da ameaça de coação ao direito de locomoção e a ilegalidade da ameaça, o que não ocorre na espécie, em que a decisão atacada desfia motivação razoável e não contrasta das indicações cons-

Acesso ao Sumário

tantes do feito.

O remédio constitucional não comporta dilação probatória, nova valoração das provas ou exame aprofundado da matéria fática e, portanto, não constitui instrumento processual adequado ao abrigo de debates sobre o ajuste da medida socioeducativa aplicada.

Em verdade, o paciente busca a reapreciação das provas e o reexame das matérias fáticas e jurídicas da sentença que lhe impôs a medida de internação, o que não é admitido na via estreita do *habeas corpus*, salvo nas hipóteses de teratologia ou ilegalidade patente, o que não é o caso dos autos em epígrafe, consoante pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores:

"O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. A propósito: HC n. 109.956/PR, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe 11/9/2012; HC n. 104.045/RJ, Primeira Turma, Ministra Rosa Weber, DJe 6/9/2012; HC n. 114.924/RJ, Ministro Dias Toffoli, DJe 28/8/2012; e HC n. 146.933/MS, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17/11/2011." (STJ, HC 268222/RS, Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 01/08/2013).

Como dito, o paciente interpôs apelação (fls. 417/441 dos autos do processo de conhecimento), recurso próprio para verificação do acerto da medida imposta, se a hipótese é de ausência de constrangimento ilegal, ocasião em que as provas serão revistas e analisadas, inclusive calcado em cognição exauriente da matéria.

A reforçar a decisão denegatória em apreço, destaco o judicioso parecer da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 31/37).

Razoável, portanto, a manutenção da medida socioeducativa.

Com isto, pelo meu voto, **denega-se** a ordem.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2093178-03.2022.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados FLAVIA OLIVEIRA, SHIRLEI MATEUS, IVETE ALVES BEZERRA, FRANCISCA IZABEL DA SILVA MARCELINO, SEBASTIÃO JANUARIO ALVES, FABIO JANUARIO, ANTONIO FERREIRA, MILSON DOS PASSOS MOREIRA DA SILVA, DEISE DA SILVA LUZ e ANA MARIA MORELLO.

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 32.057)**

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, 26 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 – Artigo 1.030, inciso I, alínea "a", segunda parte, do Código de Processo Civil – Hipótese atinente ao Tema nº 784 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 E. 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 Estado de São Paulo interpôs agravo interno.

Em síntese, argumenta que a situação fática não está abrangida pela tese firmada em repercussão geral (Tema nº 784), havendo distinção ante a superveniência da Emenda Constitucional nº 106/2020 e, por conta desta distinção seria possível a contratação de servidor temporário para casos específicos de necessidade do serviço, além da inexistência de preterição no caso em que o concurso público é destinado ao preenchimento de cargo em outro órgão ou unidade.

Contraminuta está a fl. 11/19.

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, por considerar que:

> *"Ou seja, além da* ***preterição por violação da ordem de classificação,*** *o Supremo Tribunal Federal ressalvou também a hipótese (excepcional) de* ***preterição decorrente de ato omissivo****, referindo-se, especificamente, aos casos em que, a despeito do* ***'comportamento tácito ou expresso do Poder Público'****, indicando a necessidade de preenchimento de novas vagas,* ***o Administrador não convoca candidatos****, ou convoca e* ***deixa de nomeá-los****, sem indicar as* ***'razões de interesse público'*** *para justificar a omissão (conforme item 7, 'iii', da ementa).*
>
> *No presente caso, os impetrantes aludem exatamente a essa ressalva, alegando:*
>
> *(i) que a Administração, com autorização do Governador do Estado (fl. 52), convocou para escolha de vagas os impetrantes* ***Antonio Ferreira*** *(fl. 137),* ***Sebastião Januário Alves*** *(fl. 135),* ***Deise da Silva Luz*** *(fl. 135),* ***Milson dos Passos Moreira da Silva*** *(fl. 128),* ***Shirlei Mateus*** *(fl. 135),* ***Ivete Alves Bezerra*** *(fl. 129),* ***Ana Maria Morello*** *(fl. 129),* ***Francisca Izabel da Silva Marcelino*** *(fl. 137),* ***Flávia Oliveira Lima Santos***

Acesso ao Sumário

(fl. 136) e ***Fábio Januário Sousa*** *(fl. 135);*
(ii) que depois dessa convocação, e do atendimento das exigências formuladas, ***e apesar do comportamento expresso da Administração revelando a necessidade de preenchimento das vagas****, a Administração simplesmente deixou de nomeá-los, sem invocar quaisquer* ***'circunstâncias e legítimas razões de interesse público'*** *para justificar o ato omissivo;*
(iii) que, ao invés de concretizar as nomeações, a autoridade impetrada ***optou por efetuar contratações temporárias****, o que implica hipótese de preterição.*

Nesse caso, ***o fato que justifica a concessão da segurança****, no meu entendimento,* ***não é a contratação de temporários****, nem (isoladamente) a simples* ***convocação*** *para escolha de vagas, mas sim (e principalmente) a* ***inexistência de motivação*** *(superveniente)* ***para a omissão na nomeação dos convocados****.*

(...)

No presente caso, ***não existindo qualquer outro ato posterior à convocação que justificasse a omissão da autoridade impetrada****, o caso é de concessão de segurança, com base no precedente supramencionado (Tema 784 do STF), ou seja na* ***ausência de nomeação****, sem motivo justificado, apesar do* ***comportamento expresso do Poder Público****, revelando a necessidade de preenchimento de vagas." (fl. 326/331 dos autos principais).*

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nos autos do RE nº 837.311, reconheceu a existência de repercussão geral e editou o **tema de número 784**, com a tese de que *o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital,* ***ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato****. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; III – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.*

Daí resulta que o caso tratado nestes autos está em harmonia com referida tese e não existe motivo que autorize diversa conclusão. Em outras palavras, o

Acesso ao Sumário

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 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.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0028844-44.2013.8.26.0053/50002, da Comarca de São Paulo, sendo agravante ARON ROSSET e agravada FAZENDA 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 54.033)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 1º de novembro de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementas: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário. A discussão sobre a possibilidade de o contribuinte recolher o IPVA em favor do Estado onde o veículo encontra-se licenciado e não do Estado em que o contribuinte mantém sede ou domicílio tributário é matéria idêntica àquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE nº 1.016.605/MG – TEMA 708.
– Inviabilidade de reexame de prova em Recurso Extraordinário, nos termos da Súmula 279 do STF.
Agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

(Fls. 450/451) Trata-se de agravo interno contra decisão que, com base no inciso I do art. 1.040 do CPC, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade da matéria com tese firmada pela Suprema Corte nos autos do RE nº 1.016.605/MG, Tema nº 708 e do AI nº 791.292/PE, Tema 339, e o inadmitiu quanto às demais questões.

Alegou o agravante, em síntese, que o v. Acórdão estaria em dissonância com o Tema nº 708, tendo em vista haver comprovado que ao tempo dos fatos possuía domicílio civil no Estado do Paraná, licenciando seu veículo naquele ente federativo, mesmo tendo atividade profissional preponderante em São Paulo.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, em cumprimento ao art. 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, parcela da decisão agravada considerou que a decisão da Turma Julgadora converge com o decidido no RE nº 1.016.605/MG (Tema 708) do Col. Supremo Tribunal Federal, quando se fixou a seguinte tese: *A Constituição autoriza a cobrança do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) somente pelo Estado em que o contribuinte mantém sua sede ou domicílio tributário.*

Não se avista desacerto na decisão ora agravada, eis que o v. Acórdão da Eg. Turma Julgadora harmoniza-se com o julgamento do RE 1.016.605/MG, haja vista a matéria alusiva à capacidade ativa pelo Estado em que domiciliado o contribuinte para exigência do IPVA, quando o veículo estiver licenciado em outro ente da Federação.

A propósito, veja-se trecho do v. Acórdão da Col. Turma Julgadora que demonstra a subsunção da matéria em análise ao tema indicado pelo E. STF, *verbis*:

> O legislador estabeleceu como critério espacial para exigência do IPVA o domicílio tributário do proprietário do veículo (art. 120, caput, do CTB): *Todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semi-reboque, deve ser registrado perante o órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal, no Município de domicílio ou residência de seu proprietário, na forma da lei.*
>
> Nesta esteira, a Lei Estadual nº 13.296/08, que regula o IPVA no Estado de São Paulo, assim dispôs, no artigo 4º, § 1º, item 1, alíneas *a* e *b*:
>
> *O imposto será devido no local do domicílio ou da residência do proprietário do veículo neste Estado.*
>
> *§ 1º – Para os efeitos desta lei, considerar-se-á domicílio:*
>
> *(...)*
>
> *a) a sua residência habitual;*
>
> *b) se a residência habitual for incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade onde o veículo esteja sendo utilizado;*

Acesso ao Sumário

Assim, no caso da pessoa natural, o critério espacial para exigência do IPVA resolve-se com a comprovação do local de domicílio do proprietário do veículo, que é aquele em que o contribuinte tem residência habitual, ou, sendo mais de uma, o centro habitual da atividade onde o veículo seja empregado.

Pois bem, no caso em tela, a Administração Tributária do Estado de São Paulo constatou que o autor, proprietário do veículo objeto da presenta ação, tem residência na Rua (...), (...), nesta Capital, figurando, ademais, no quadro societário de quatro empresas domiciliadas no território paulistano (fls. 189 a 196). Apurou o fisco que o autor elegeu, perante a Receita Federal, este Estado como seu domicílio tributário (fls. 96), averiguando ainda, por meio do cadastro do Programa Nota Fiscal Paulista, que o contribuinte realizou, durante todo o ano de 2012, diversas compras em estabelecimentos igualmente domiciliados neste Estado (fls. 197).

Não se olvida da possibilidade de estar-se diante de domicílio plúrimo, pelo que caberia ao autor comprovar que, de fato, possui residência também no Estado do Paraná, onde entendeu ser devido o recolhimento do imposto, comprovação esta que se dá por meio de comprovantes de pagamento de taxa condominial, contas de luz, água, telefone, televisão por assinatura, etc., o que logrou fazer, como se retira dos documentos de fls. 224 a 249.

Ocorre que se o contribuinte vive em viagens, alternando residência entre São Paulo e Curitiba como parece ser o caso, ainda assim existem critérios de ordem legal que hão de ser aplicados, importando ressaltar a competência dos Estados Federados para, observadas as normas gerais, da alçada da União, disciplinar a matéria (art. 24, I, e §§, da CF), o que se fez na norma do artigo 4º, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Estadual nº 13.296/08:

O imposto será devido no local do domicílio ou da residência do proprietário do veículo neste Estado.

§ 1º – Para os efeitos desta lei, considerar-se-á domicílio:

1 – se o proprietário for pessoa natural:

a) a sua residência habitual;

b) se a residência habitual for incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade onde o veículo esteja sendo utilizado; (...)

§ 2º – No caso de pessoa natural com múltiplas residências, presume-se como domicílio tributário para fins de pagamento do IPVA:

1 – o local onde, cumulativamente, possua residência e exerça profissão;

2 – caso possua residência e exerça profissão em mais de um local, o endereço constante da Declaração de Imposto de Renda.

§ 3º – Na impossibilidade de se precisar o domicílio tributário da pessoa natural nos termos dos §§ 1º e 2º deste artigo, a autoridade administrativa poderá fixá-lo tomando por base o endereço que vier a ser apurado em órgãos públicos, nos cadastros de domicílio eleitoral e nos cadastros de empresa seguradora e concessionária de serviço público, dentre ou-

Acesso ao Sumário

tros (grifos nossos).

E milita em favor dos atos administrativos a presunção de legitimidade, que aqui não se viu desconstituída, pois, conquanto não fosse crível que o contribuinte mantivesse imóvel residencial em Estado diverso, arcando com os custos do condomínio e com outras despesas, apenas para fraudar o fisco, certo é que o legislador, no exercício de competência legítima, estabeleceu critérios claros e objetivos para o recolhimento do IPVA, não constando que o Estado do Paraná houvesse eleito critérios outros que estivessem em conflito com aqueles contemplados na Lei Paulista do IPVA, a deixar o contribuinte em situação insustentável ou diante de impasse. (fls. 313/316)

Desse modo, em que pesem as alegações do agravante acerca da comprovação da capacidade ativa do tributo, a Turma Julgadora estabeleceu o domicílio tributário em conformidade com os critérios claros e objetivos da Lei Estadual Paulista nº 13.296/08, de modo a autorizar a cobrança do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) pelo Estado de São Paulo, razão pela qual a decisão está em harmonia com o Tema 708/STF.

Não há, portanto, como proceder à modificação do decidido, porque em perfeita consonância com o paradigma julgado pela Suprema Corte.

Ademais, impertinente para fins de análise da adequada subsunção do acórdão à tese repetitiva perquirir-se sobre o correto dimensionamento feito pela Turma Julgadora, seja porque extrapolaria o espectro deste recurso, seja porque extrapolaria o âmbito de análise reservado à aplicação de temas julgados pelos Tribunais Superiores, seja sobretudo porque inexoravelmente dependeria da reanálise de provas contidas nos autos, sendo, portanto, matérias que não se coadunam com o recurso extraordinário conforme preceituado na Súmula 279 da Corte Suprema.

Sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de aplicar a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil.

Com esses fundamentos, **nego provimento** ao agravo interno.

Anoto a existência de recurso contra a decisão que inadmitiu o recurso especial, cuja competência para apreciação é do Eg. Superior Tribunal de Justiça (fls. 459/461).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2299931-26.2021.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE COTIA, é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE COTIA.

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 32.082)**

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, 10 de novembro 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 146 do Supremo Tribunal Federal – *Distinguishing* não demonstrado – Agravo interno não provido.

VOTO

Inconformada 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, a Mesa da Câmara Municipal de Cotia interpôs agravo interno.

Em síntese, argumenta que o caso não está em harmonia com a tese firmada em repercussão geral (Tema nº 146).

Sem contraminuta (fl. 12).

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, à 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, a recorrente deve deixar claro o denominado *distinguishing*, a diferença fundamental entre o caso julgado neste processo e aquele exposto no

Acesso ao Sumário

paradigma. Possível, ainda, à recorrente, mesmo se delineada alguma similitude com o indicado paradigma, comprovar situação fática específica capaz de prejudicar a aplicação do precedente qualificado.

A 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:

> *"As normas impugnadas instituem a chamada 'Taxa de Custeio Ambiental – TCA', em âmbito local, apontando como fato gerador 'a utilização efetiva ou potencial dos serviços divisíveis de coleta, remoção, transporte e destinação final de resíduos, de fruição obrigatória, em regime público' (artigo 2º da LCM 314/2021 – fl. 13). Trata-se, portanto, de taxa cuja hipótese de incidência é desvinculada da prestação de serviços gerais de limpeza pública ou de uso ou consumo de água, referindo-se tão somente ao serviço de coleta e tratamento de lixo domiciliar.*
>
> *Nesse contexto, a dicção do artigo 160, inciso II, da Constituição Paulista – que espelha o conteúdo do artigo 145, inciso II, da Constituição Federal –, exige que o serviço público gerador da instituição da taxa seja divisível e específico e diretamente referido ao contribuinte, na medida em que as taxas consistem em prestações pecuniárias compulsórias e atreladas a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Não por outra razão, a Súmula Vinculante 19 estipula que a taxa de coleta domiciliar de lixo é constitucional, desde que* ***'cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis'****.*
>
> *(...)*
>
> *Trata-se na espécie de taxa instituída em função da prestação de serviço público de coleta, remoção transporte e destinação final de resíduos. Cuida-se de taxa cuja hipótese de incidência é desvinculada da prestação de serviços gerais de limpeza pública ou de consumo de água, referindo-se tão somente ao serviço de coleta e tratamento de lixo domiciliar, direcionado diretamente – e de forma divisível e específica – ao contribuinte. Constitucional, portanto, a hipótese de incidência de taxa em questão ('Taxa de Custeio Ambiental – TCA'). Isto significa que o artigo 4º do diploma não é inconstitucional em sua integralidade.*
>
> *Não obstante, o parágrafo 3º, do artigo 4º, da Lei Complementar Municipal nº 314/2021 dispõe que a base de cálculo da 'Taxa de Custeio Ambiental – TCA' será rateada entre os imóveis, edificados ou não, nos termos dos Anexos I, II, III, IV e V desta Lei Complementar. Por sua vez, o parágrafo 4º do mencionado artigo de Lei, emerge disposição no sentido de que 'as unidades imobiliárias que não possuem fornecimento de água de concessionária de saneamento básico e em imóveis tributados pelo*

Acesso ao Sumário

Imposto Territorial Rural – ITR, em que haja a disponibilidade do sistema de coleta, remoção, transporte e destinação final de resíduos sólidos, o lançamento da Taxa de Custeio Ambiental – TCA poderá ser efetuado mediante cobrança individual ou conjuntamente com o Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, cuja base de cálculo será a prevista nos termos do Anexo V desta Lei Complementar'.

O mencionado Anexo I vincula a base de cálculo da taxa sob exame ao consumo de água, reportando-se à tarifa social de conta de água para fixar hipótese de isenção do tributo instituído. No mesmo sentido, os Anexos II, III e IV definem, à guisa de base de cálculo, faixas aleatórias e genéricas de consumo de água que não indicam correspondência ao custo da atividade estatal prestada ao contribuinte ou posta à sua disposição. E o Anexo V, de seu turno, utiliza como base de cálculo a taxa a ser paga por proprietário de imóveis não edificados (terrenos), a sua respectiva metragem.

(...)

Da análise dos disposto nos Anexos I a V, observa-se que o cálculo da 'Taxa de Custeio Ambiental – TCA' está atrelado ao consumo do serviço de água e – no caso de terrenos não edificados – à metragem dos imóveis. Forçoso convir em que o consumo de água de determinado imóvel, além de não corresponder à adoção de elemento da base de cálculo de algum imposto, é elemento de todo estranho aos custos da atividade administrativa de prestação de serviços de coleta, remoção, transporte e destinação final dos resíduos, o que manifestamente desobedece ao enunciado do artigo 160, inciso II, da Constituição do Estado de São Paulo".
(fl. 133/138 dos autos principais)

O E. Supremo Tribunal Federal, por sua vez, autos do RE nº 576.321, reconheceu a existência de repercussão geral e editou o **Tema 146**, com a seguinte tese: *I – A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal; II – A taxa cobrada em razão dos serviços de conservação e limpeza de logradouros e bens públicos ofende o art. 145, II, da Constituição Federal; III – É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra*.

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.

Acesso ao Sumário

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.

Por fim, ressalve-se que o próprio Colendo Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação do Tema 146 ao caso concreto, consoante se observa a fl. 222/223 dos autos principais.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 0005922-23.2014.8.26.0619/50003, da Comarca de Taquaritinga, em que é agravante PAULO MACRUZ, 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 recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.032)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 10 de novembro de 2023.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator, no impedimento ocasional do Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO (Tema 339/STF).
RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (Tema 660/STF).
HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.
1. Fundamentação das decisões judiciais. Artigo 93, IX, da Constituição Federal. Desnecessidade do exame pormenorizado de todas as alegações ou provas,

Acesso ao Sumário

nem que sejam corretos os fundamentos da decisão (Tema 339/STF).
2. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais (Tema 660/STF).
3. Agravo interno não provido, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 1594) que, com fundamento nos Temas 339 e 660, ambos do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário, nos termos dos artigos 1.030, I, "a", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal.

Sustenta a Defesa, em síntese, não ser o caso de incidência dos Temas mencionados. Assevera que o exame do mérito recursal independe da apreciação de normas infraconstitucionais, uma vez que a ofensa ao devido processo legal seria autônoma. Ressalta, ainda, que a insurgência não exigiu o exame pormenorizado das alegações e provas, mas sim apontou a ausência de motivos para excluir os argumentos defensivos. Pugna, dessa forma, pelo regular processamento de seu apelo extremo (fls. 1610/1621).

A Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 1624/1632, opinou pelo não provimento do agravo.

Registro, ainda, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 1641, para a remessa, oportunamente, dos autos aos Colendo Superior Tribunal de Justiça, diante do agravo de fls. 1597/1609.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

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 aos artigos 93, IX, e 5º, LIV, ambos da Constituição Federal (fls. 1523/1537).

Com efeito, quando da análise do juízo de prelibação da insurgência, constatou-se que tais questões constitucionais já haviam sido submetidas ao rito da sistemática de repercussão geral, de forma que sua observância era necessária, em obediência à expressa previsão legal (artigos 1.030, I, "a", da Lei Adjetiva Civil e 638 do Código de Processo Penal – fls. 1594), e não vislumbro, no agravo agora em análise, a existência de distinção ou qualquer outra peculia-

ridade capaz de afastar a aplicação dos Temas 339 e 660 da Corte Suprema ao caso concreto.

Nessa linha, cumpre asseverar que o apelo extremo indicou ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, sob o argumento, em suma, de que não teria havido a valoração racional das alegações trazidas pela Defesa acerca do *bis in idem* pela majoração da pena fundada na posição ocupada pelo réu na empresa (dever inerente ao cargo), matéria essa que foi, de algum modo, tratada nos arestos de fls. 1441/1452 e 1513/1516, como se nota pela fixação da pena operada às fls. 1451, e pelo seguinte excerto de fls. 1516:

[...]

"Há que se considerar, a propósito, que a circunstância agravante em tela, qual seja, praticar o delito com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão, não integra o tipo penal em análise na condição de elementar, sendo decorrente de objetividades jurídicas diversas, razão pela qual não há que se falar em indevido bis in idem."

[...]

Assim, correta a incidência do decidido pela Corte Suprema, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE (Tema 339), no sentido de exigir que o acórdão ou a decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Nesse aspecto, importa destacar que eventuais insatisfações com o deslinde alcançado no aresto, ou mesmo divergências interpretativas, não se confundem com ausência de fundamentação, observando o conteúdo do aludido precedente vinculante.

Por outro lado, adequada, também, a aplicação do Tema 660 do Excelso Pretório, uma vez que no reclamo constitucional apontou-se ofensa ao artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, alegando-se que a manutenção da pena imposta com a aplicação da agravante pela violação de dever inerente ao cargo teria ocasionado indevido *bis in idem*, matéria essa que, contudo, demandaria a prévia apreciação de normas infraconstitucionais, tanto assim que no próprio apelo extremo houve menção a artigos de lei federal relacionados à tese aventada (artigos 59 e 61, II, "g", do Código Penal – fls. 1531/1532) e, no recurso especial, idêntica questão foi debatida com a expressa indicação de ofensa a dispositivos legais (fls. 1538/1548).

Bem por isso, a decisão profligada está em conformidade com o entendimento do Pretório Excelso que, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, assentou não possuir repercussão geral a matéria relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infracons-

Acesso ao Sumário

titucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada.

Resta demonstrado, portanto, que o *decisum* impugnado foi preciso e individualizado, pautando-se pelas circunstâncias aduzidas no apelo extremo defensivo e pelos termos dos arestos, os quais foram adequadamente ponderados com os precedentes qualificados do Pretório Excelso.

Dessa forma, os paradigmas da Corte Suprema se ajustam perfeitamente à hipótese dos autos, sendo de rigor a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 1641.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1504834-91.2021.8.26.0565/50001, da Comarca de São Caetano do Sul, sendo agravante SOCIEDADE BENEFICENTE HOSPITALAR DE SÃO CAETANO DO SUL e agravado MUNICÍPIO DE SÃO CAETANO DO SUL.

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 54.676)**

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, 21 de novembro de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que indeferiu o pedido de justiça gratuita requerido quando da interposição de recurso especial.
Não comprovada a hipossuficiência econômico-financeira da recorrente. Decisão mantida.
Agravo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Sociedade Beneficente Hospitalar São Caetano do Sul (págs. 1/7) contra decisão desta Presidência que indeferiu a concessão do benefício de gratuidade e determinou o recolhimento do preparo pertinente ao recurso especial (pág. 1.991 – autos principais).

Alegou a agravante, em síntese, que na qualidade de instituição sem fins lucrativos e caráter beneficente, faz jus ao benefício da justiça gratuita, noticiando, ainda, que a sua condição de miserabilidade a impede de recolher o preparo.

É o relatório.

Não se avista desacerto na decisão ora agravada, eis que a agravante não faz jus à benesse da gratuidade.

No caso da pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, faz-se necessária a demonstração da impossibilidade de arcar com os custos do processo.

Corrobora tal entendimento a Carta Magna em seu art. 5º, inc. LXXIV: *"o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que* ***comprovarem insuficiência de recursos;****"*. (grifo nosso)

Nessa linha, o art. 98 do CPC preceitua que: *"A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com* ***insuficiência de recursos*** *para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem o direito à gratuidade da justiça, na forma da lei."* (grifo nosso)

Oportuna, neste diapasão, a lição da Súmula 481 do C. Superior Tribunal de Justiça: *"Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais."*

É o entendimento na Corte Superior, ***in verbis***:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. DEFERIDA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. TEMA 27 DO STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA NÃO DEMONSTRADA. SÚMULA 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PREJUDICADO.

1. Ação de revisão de contrato.

2. ***Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais, in casu, exclusivamente para fins recursais.*** *(...) 7. Agravo interno não provido.* (grifo nosso). **(AgInt no AREsp 2339914/RS, Relatorª Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, Julg. 18/09/2023, DJe 20/09/2023).**

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO MONOCRÁTICA DA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA,

Acesso ao Sumário

DE PLANO, NÃO CONHECER DO APELO EXTREMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA PARTE AGRAVANTE.

1. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que a autodeclaração de hipossuficiência, realizada por quem pretende ser beneficiário da justiça gratuita, possui caráter relativo, admitindo-se a denegação, pelo juízo competente, diante de provas dos autos em sentido contrário. Precedentes.

2. O entendimento preconizado nesta Corte, nos termos da Súmula 481/STJ, é no sentido de que: "Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais".

3.(...)

4. Agravo interno desprovido. **(AgInt no AREsp 2274157/RN, Relator Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, Julg. 28/08/2023, DJe 31/08/2023)**

No caso, da análise dos autos, não se verifica qualquer comprovação pela agravante do preenchimento dos pressupostos legais para concessão do benefício ou diferimento para recolhimento do preparo, razão pela qual a decisão agravada está em perfeita harmonia com a Constituição Federal e o Código de Processo Civil.

O fato de a gratuidade ter sido concedida em outro processo não tem efeito vinculativo a ponto de inibir o exame dos pressupostos legais para a concessão do benefício em outro processo.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nego provimento** ao agravo interno.

Providencie a agravante, no prazo de 05 (cinco) dias a comprovação do pagamento do preparo (Código de Processo Civil, artigo 1007), sob pena de deserção.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 1502370-15.2020.8.26.0344/50004, da Comarca de Marília, em que é agravante PAULO SÉRGIO BARBOSA DE OLIVEIRA, 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 aos agravos internos, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 1808. V.U.", de

conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.599)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) e BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 10 de novembro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVOS INTERNOS. DECISÕES MONOCRÁTICAS QUE NEGARAM SEGUIMENTO AOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL.
RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO (Tema 661/STF).
RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (Tema 660/STF).
HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.
1. Licitude das sucessivas renovações de interceptação telefônica. Decisões judiciais motivadas (Tema 661/STF).
2. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais (Tema 660/STF).
3. Agravos internos não providos, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravos internos interpostos contra as decisões da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 1764/1766 e 1767) que, com fundamento no Tema 660 do Colendo Supremo Tribunal Federal, negaram seguimento ao recurso extraordinário e que, com fundamento no Tema 661 do Excelso Pretório, negaram seguimento ao recurso especial, nos termos dos artigos 1.030, I, "a" e "b", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal, o último, em parte, e, no mais, não admitido.

Acesso ao Sumário

Sustenta a Defesa, em síntese, a inaplicabilidade dos mencionados precedentes, sob a alegação de que são distintos da hipótese tratada no caso concreto. Diz, ainda, que as decisões ora impugnadas se assemelham *"a um carimbo"*. No tocante ao Tema 660, afirma que o recurso extraordinário aponta ofensa direta à Constituição Federal e que a matéria lá discutida não depende da prévia análise de legislação infraconstitucional. Com relação ao Tema 661, consigna que o recurso especial, em momento algum, discute a possibilidade de reiteração de interceptações telefônicas, tese essa fixada no citado paradigma. Aduz que o argumento da contrariedade ao artigo 2º da Lei nº 9.296/96 levou em consideração a interpretação mais correta ao dispositivo, no sentido de que a medida deve ser utilizada se a prova não puder ser obtida por outros meios menos invasivos, como forma de preservação da intimidade. Outrossim, ressalta que não cabe mais a edificação de ilegítimos obstáculos a impedir que os Tribunais Superiores ofereçam a prestação jurisdicional devida ao agravante. Pugna, assim, pelo provimento dos agravos, com o seguimento dos apelos constitucionais (fls. 1781/1786 e 1787/1796).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 1799/1800 e 1801/1802.

Registro, ainda, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 1808, para a remessa, oportunamente, dos autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, diante do agravo de fls. 1770/1780.

É o relatório.

Conheço dos presentes agravos internos, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Houve a interposição de recursos especial e extraordinário pela Defesa (fls. 1607/1635 e 1636/1650). O especial indicou, entre outras teses, a violação ao artigo 2º da Lei nº 9.296/96, acenando pela ilegalidade das interceptações telefônicas, uma vez que baseadas em denúncias anônimas, sem as devidas explicações para o decreto de medida tão invasiva (fls. 1624/1629). O extraordinário apontou ofensa ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal, por não constarem dos autos os áudios das conversas interceptadas, em evidente prejuízo ao exercício amplo da defesa (fls. 1637).

Acesso ao Sumário

Sucede que, quando do juízo de prelibação das insurgências, constatou-se que tais questões constitucionais indicadas nos apelos extremos já haviam sido submetidas ao rito da repercussão geral, de forma que sua observância era necessária, em obediência à expressa previsão legal (artigos 1.030, I, "a" e "b", da Lei Adjetiva Civil e 638 do Código de Processo Penal – fls. 1764/1766 e 1767), e não vislumbro, nos agravos agora em análise, a existência de distinção ou qualquer outra peculiaridade capaz de afastar a aplicação dos Temas 661 e 660 do Supremo Tribunal Federal, ao caso concreto.

Nessa linha, o teor do recurso especial e do v. acórdão às fls. 1473/1479, justifica a aplicação da sistemática da repercussão geral, uma vez que está em

conformidade com a interpretação fixada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 625.263/PR (Tema 661), no sentido de que *"são lícitas as sucessivas renovações de interceptação telefônica, desde que, verificados os requisitos do artigo 2º da Lei nº 9.296/1996 e demonstrada a necessidade da medida diante de elementos concretos e a complexidade da investigação,* ***a decisão judicial inicial e as prorrogações sejam devidamente motivadas****, com justificativa legítima, ainda que sucinta, a embasar a continuidade das investigações. São ilegais as motivações padronizadas ou reproduções de modelos genéricos sem relação com o caso concreto"* (**grifo nosso**).

De outra banda, adequada, também, a aplicação do Tema 660 do Excelso Pretório, observando que no recurso extraordinário houve expressa alegação de violação ao artigo 5º, LV, da Carta Magna, em razão da ocorrência de cerceamento de defesa, porque não disponibilizados nos autos os áudios das conversas interceptadas, causando efetivo prejuízo ao recorrente, matéria essa cuja análise dependia da prévia apreciação de normas infraconstitucionais, por exemplo o artigo 563 do Código de Processo Penal, além da própria interpretação sistemática da Lei nº 9.296/96.

Bem por isso, a decisão vergastada está em conformidade com o entendimento do Pretório Excelso que, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT (Tema 660), assentou não possuir repercussão geral a matéria relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada.

Por outro lado, eventual alegação de que houve a demonstração da repercussão geral não supera a interpretação fixada no precedente vinculante (Tema 660/STF), cuja aplicação foi escorreita.

Destaco, outrossim, que, uma vez decidida a matéria em sede de repercussão geral pela Suprema Corte (art. 1.030, I, do CPC), compete ao Tribunal de origem aplicar tal entendimento ao caso concreto a fim de evitar o desnecessário processamento de recursos constitucionais perante as Cortes Superiores.

Ao realizar essa atividade, esta Colenda Corte efetuou, de forma fundamentada, o cotejo entre as teses trazidas nos apelos extremos e a norma jurídica haurida da decisão oriunda do STF, não havendo, assim, qualquer irregularidade a ser sanada.

Nesse passo, destaco elucidativo trecho da r. decisão do E. Min. Luiz Fux[1]:

(...) a Constituição Federal, ao estabelecer de modo taxativo a competência deste Supremo Tribunal Federal, não prevê a realização de juízo de

1 Rcl 42588/ES, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 05/08/2020, DJe 06/08/2020.

Acesso ao Sumário

admissibilidade "definitivo" de Recurso Extraordinário por parte desta Corte, não havendo substrato lógico ou jurídico que ampare a usurpação de competência apontada pelos reclamantes, já que compete aos próprios Tribunais de origem a análise da admissibilidade dos apelos extremos, inclusive mediante aplicação de precedentes firmados em repercussão geral. Deveras, o instituto da repercussão geral, introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45/2004 (artigo 102, § 3º, da Constituição da República), resultou em verdadeira cisão na competência funcional quanto ao julgamento do recurso extraordinário, nos seguintes moldes: 1) a matéria de direito constitucional dotada de repercussão geral é julgada pelo Supremo Tribunal Federal; 2) o restante da matéria de fato ou de direito é apreciada pelo Tribunal de origem. Nesse sistema de repartição de competências, é evidente que, uma vez decidida a matéria em sede de repercussão geral, cabe exclusivamente ao Tribunal de origem aplicar tal entendimento ao caso concreto a fim de evitar o desnecessário processamento do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. Ao realizar essa atividade, o Tribunal de origem deverá efetuar o cotejo entre os fatos provados nos autos e a norma jurídica haurida da decisão oriunda da Corte Suprema, quando isso for cabível, ou apontar a distinção, quando não se constatar essa correlação (distinguishing). Assim, cabendo essa incumbência à Corte precedente, não pode o STF avocar competência que não consta expressamente do catálogo numerus clausus constante da Constituição Federal. Isso porque a própria legislação processual vigente prevê, em seu artigo 1.030, como competência do tribunal que recebe a petição de recurso extraordinário, a negativa de seguimento do recurso em face de decisão que guarda conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de Repercussão Geral. Nesse sentido: "Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;" Por isso, não há como afirmar que a decisão que aplica o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral usurpa sua competência. Assim, a correta aplicação de tais precedentes não é passível de revisão por esta Corte, por lhe falecer competência para tanto. Compete tal exame ao

Acesso ao Sumário

próprio Tribunal de origem, por meio da interposição de agravo interno (...)".

Portanto, resta demonstrado que as decisões impugnadas foram precisas e individualizadas, pautando-se pelas circunstâncias aduzidas nos apelos extremos e pelos termos do aresto, os quais foram adequadamente ponderados com os precedentes qualificados do Supremo Tribunal Federal, não se podendo falar que as decisões se assemelham a *"um carimbo"*.

Dessa forma, os paradigmas das Cortes Superiores se ajustam perfeitamente à hipótese dos autos, sendo de rigor a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada.

Por fim, registro que os demais aspectos discutidos no recurso especial restaram abarcados pelo capítulo da decisão monocrática que não o admitiu, diante da existência de óbice processual.

Ante o exposto, nego provimento aos agravos internos, devendo a Secretaria cumprir, oportunamente, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 1808.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1059373-04.2021.8.26.0100/50002, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes FUNDAÇÃO CESP e ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A, é agravado J.J.C.

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 119.563)**

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 dezembro de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVOS INTERNOS EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. APOSENTADO. Condições assisten-

Acesso ao Sumário

ciais e de custeio. Imposição de contrato único para ativos e inativos, admitida a diferenciação por faixa etária. (tema 1034). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento estabelecido no E. STJ em julgamento repetitivo. Decisão mantida. RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

Trata-se de Agravos Internos Cíveis interpostos por Fundação CESP e outro contra decisão que, em demanda cominatória, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.816.482/SP, 1.818.487/SP e 1.829.862/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos.

A FUNDAÇÃO CESP alega que o tema não é aplicável ao caso concreto, pois a tese repetitiva ainda não foi definitivamente julgada. Aduz que a estipulante arca integralmente com o plano dos empregados ativos, cabendo apenas a eles a coparticipação, que não é considerado como contribuição. Assinala a impossibilidade de pagamento da mensalidade pelo custo médio mensal e a migração do aposentado para o plano dos ativos, onde não há cobrança de mensalidade, por se tratar de um produto com formação de preço pós-estabelecido. Sustenta que em caso recente foi proferida pelo E. STJ decisão favorável à agravante em relação à forma de custeio da mensalidade pelo ex-empregado.

A agravante ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A alega que em caso recente foi proferida pelo E. STJ decisão favorável à agravante em relação à forma de custeio da mensalidade pelo ex-empregado. Aduz a aplicação equivocada do tema repetitivo pela alteração incorreta da forma de custeio do plano de saúde dos empregados da ativa. Assinala que não há cobrança de mensalidade, por se tratar de um produto com formação de preço pós-estabelecido, assim se o agravado migrar para o plano dos ativos pagará a taxa de administração acrescida de 100% dos procedimentos médicos utilizados e não cabe apuração de valores em liquidação de sentença. Pontua a violação ao art. 31 da lei 9.656/98.

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 Jus-

Acesso ao Sumário

tiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgados os Recursos Especiais nºs 1.816.482/SP, 1.818.487/SP e 1.829.862/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça assinalou que "*O art. 31 da lei n. 9.656/1998 impõe que ativos e inativos sejam inseridos em plano de saúde coletivo único, contendo as mesmas condições de cobertura assistencial e de prestação de serviço, o que inclui, para todo o universo de beneficiários, a igualdade de modelo de pagamento e de valor de contribuição, admitindo-se a diferenciação por faixa etária se for contratada para todos, cabendo ao inativo o custeio integral, cujo valor pode ser obtido com a soma de sua cota-parte com a parcela que, quanto aos ativos, é proporcionalmente suportada pelo empregador*". Confira-se a fls. 1.346/1.348 e 1.349/1.351.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 1.228/1.235) encontra-se em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela manutenção do segurado, que cumpre com os requisitos do art. 31 da Lei 9.656/98, na apólice coletiva, observada a igualdade de modelo de pagamento e de valor de contribuição dos funcionários da ativa, pois a E. Corte Superior entendeu que ativos e inativos devem ser inseridos em plano de saúde coletivo único, contendo as mesmas condições de cobertura assistencial, custeio e de prestação de serviço.

Confira-se trecho do V. Acórdão: "*Segundo a documentação acostada com a exordial, o requerente exerceu suas funções na ré Eletropaulo, contribuindo por mais de 10 (dez) anos para a custeio do plano de saúde coletivo empresarial. Além das requeridas não contestarem este fato, a declaração de fl. 46 comprova a manifestação de vontade do autor de, mesmo aposentado, permanecer no seguro-saúde coletivo, então operado pela Bradesco Saúde. (...) Ao contrário do alegado pelas rés, nota-se ser entendimento vinculante da C. Corte Superior a manutenção dos inativos e ativos em plano de saúde único contendo igualdade de modelo de pagamento e de valor de contribuição, admitindo-se a diferenciação por faixa etária se for contratada para todos. Dessa forma, não se trata de incluir o autor no plano dos ativos e sim aplicar à mensuração do preço de sua mensalidade as mesmas regras aplicadas para os ativos*" (fls. 1.232 e 1.233).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, que não pressupõe trânsito em julgado conforme manifestação da própria E. Corte

Acesso ao Sumário

Superior:

> "*A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que é desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado de decisão proferida em matéria repetitiva e repercussão geral para sua aplicação.*" (Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.607.907/PR, Rel. Min. **Francisco Falcão**, DJe de 10.4.2018).

As razões do recurso envolvendo a forma de cálculo da quota-parte do custeio de responsabilidade da ex-empregadora, a ser assumida pelo agravado e violação ao art. 31 da Lei 9.656/98 buscam a prevalência de tese já rejeitada no julgamento do paradigma repetitivo supramencionado. Nesse sentido: "*Quanto à fundamentação relativa à negativa de prestação jurisdicional, do agravo igualmente não se pode conhecer, por ficar prejudicado. Isso porque a referida inadmissão é relativa ao exame de elementos sobre a correta aplicação do precedente firmado, notadamente sobre a compatibilidade de rito, cuja pretensão recursal de reforma não pode ser apreciada.*" (AREsp nº 2043258/MG, Rel. Min. **Raul Araújo**, DJe de 31.3.2022, g.n.). No mesmo sentido: AgInt no AREsp nº 1929387/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, Terceira Turma, DJe de 17.8.2022; AgInt no AREsp nº 2036404/SP, Rel. Min. **Raul Araújo**, Quarta Turma, DJe de 8.6.2022; AgInt no AREsp nº 1932969/PR, Rel. Min. 1.932.969/PR, Quarta Turma, DJe de 26.5.2022; AgInt no AREsp nº 2008628/ES, Rel. Min. **Marco Buzzi**, Quarta Turma, DJe de 13.5.2022; AgInt nos EDcl no AREsp nº 1926303/DF, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, Terceira Turma, DJe de 9.12.2021; e AgInt no AREsp nº 1717595/BA, Rel. Min. **Ricardo Villas Boas Cueva**, Terceira Turma, DJe de 18.12.2020.

De resto, a existência de precedentes aplicando o tema repetitivo do modo pretendido pela agravante não possui o condão de, por si só, eivar a decisão agravada, até mesmo porque o E. STJ, ao fixar as teses vinculantes, estabeleceu diretrizes que atenderam parcialmente aos pleitos das ex-empregadoras e operadoras de planos de saúde, razão pela qual não causa estranheza a existência de decisões de acolhimento parcial da pretensão das referidas pessoas jurídicas, seja na instância superior, seja no âmbito desta Corte.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos agravos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0032889-09.2004.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, sendo Agravante J.S.C. e Agravado Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator,

que integra este acórdão. **(Voto nº 54.629)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 1º de dezembro de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que inadmitiu recurso especial.
A decisão que inadmite recurso deve ser desafiada pelo agravo previsto no art. 1.030, § 1º, c.c. o art. 1.042, do CPC.
Erro grosseiro. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade.
Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto com fundamento no artigo 1.021, do Código de Processo Civil (fls. 449/465), contra decisão que, com fundamento no artigo 1.030, V, do Código de Processo Civil, inadmitiu o recurso especial (fls. 444/446).

Alegou o Agravante, em síntese, que houve violação aos artigos 20, 21 e 86, da Lei 8.213/91, pois teria direito ao auxílio-acidente, na medida em que teria comprovado o nexo causal e a incapacidade laborativa.

É o relatório.

Diante da determinação do Col. STJ de fls. 474, passa-se a analisar a viabilidade de conhecimento do recurso nesta instância.

O recurso não merece conhecimento.

Com efeito, a decisão que inadmite o recurso para as Instâncias Superiores, como no caso, desafia o agravo previsto no art. 1.030, § 1º, c.c. o art. 1.042, ambos do Código de Processo Civil, recurso que deve ser dirigido para conhecimento da Corte Superior.

O agravo interno, porém, é dirigido para conhecimento do mesmo órgão que negou seguimento ao recurso extraordinário, o que subtrai a competência da Corte Superior para conhecimento da irresignação, não sendo, assim, possível a aplicação do princípio da fungibilidade.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

Agravo Interno/Regimento. 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. 1030, V, do CPC, não cabe agravo interno/regimental, mas agravo para o Supremo Tribunal Federal, conforme previsão expressa dos artigos 1030, § 1º, e 1042 do Estatuto Processo 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/regimental não conhecido. (AgRg no RE no AgInt no AgRg no AREsp 1236999/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 7.11.2018, DJe 20.11.2018).

Assim, em razão da sistemática recursal adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, **não conheço** do agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 1596464-58.2019.8.26.0224/50000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante JOSEVAL LIRA LOPES, 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 recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.829)**

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 dezembro de 2023.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RE-

CURSO ESPECIAL.
RECURSO REPETITIVO COM JULGAMENTO DEFINITIVO DO MÉRITO. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.
1. Pena. Fixação aquém do mínimo. Segunda fase. Circunstâncias atenuantes. Impossibilidade. Reconhecido o caráter multitudinário da matéria e julgamento definitivo do mérito dos recursos repetitivos. Hipóteses idênticas (Tema 190/STJ).
2. Agravo interno não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 361) que, com fundamento no Tema 190 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, negou seguimento ao recurso especial, com base nos artigos 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal.

A Defesa, em síntese, repisa os argumentos do aludido reclamo, asseverando a necessidade de aplicação ao caso concreto da atenuante da confissão judicial espontânea, com a redução da pena aquém do mínimo legal. Aduz que, embora exista entendimento proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça no Tema 190, a questão vem sendo rediscutida neste mesmo Sodalício, o que tornaria viável o conhecimento da insurgência para reapreciação da matéria debatida. Pugna, assim, pelo provimento do agravo, com o seguimento do seu recurso especial (fls. 367/382).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 385/387.

É o relatório.

Conheço do presente agravo interno, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Houve a interposição de recurso especial pela Defesa em que se alegou ofensa ao artigo 65 do Código Penal, buscando a redução da pena aquém do mínimo legal, diante do reconhecimento de atenuante da confissão, e postulando, ainda, a suspensão do feito até o julgamento dos Recursos Especiais nºs 2.057.181, 2.052.085 e 1.869.794, em razão da rediscussão da Súmula nº 231 em trâmite no Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 326/337 e 338/349).

Sucede que, quando do juízo de prelibação do reclamo, verificou-se que a questão trazida à discussão já havia sido submetida ao rito da sistemática de precedentes dos recursos repetitivos, de forma que sua observância era necessária, em obediência à previsão legal (artigos 1.030, I, "b", da Lei Adjetiva Civil e 638 do Código de Processo Penal – fls. 361).

Acesso ao Sumário

Analisando, agora, a argumentação trazida no agravo de fls. 367/382, não vislumbro a existência de distinção ou qualquer outra peculiaridade capaz de afastar a aplicação do Tema 190 do Superior Tribunal de Justiça ao caso concreto.

Nessa linha, o teor do recurso especial e do v. acórdão, em especial às fls. 312 e 314, justifica a aplicação da sistemática de precedentes dos recursos repetitivos. Nesse sentido, destaca-se:

[...]

"Porém, é verdade ter havido a confissão em juízo, muito embora seja proibido que, nesta etapa do cálculo das sanções penais, estas sejam fixadas aquém do patamar legal.

É este o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, sedimentado no enunciado de súmula nº 231 ('A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'), e desta C. 15ª Câmara de Direito Criminal:

(...)

Ressalte-se que o fato de a Sexta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça ter afetado para julgamento na Terceira Seção três recursos especiais que discutem a possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo previsto em lei após a consideração das circunstâncias atenuantes não significa ter sido o entendimento exarado no enunciado de Súmula nº 231 do E. Superior Tribunal de Justiça superado por aquela Corte Superior, mas sim que, possivelmente, haverá rediscussão do assunto, sendo impossível prever o resultado dos julgamentos.

Por ora, vige o enunciado de Súmula nº 231, alinhado ao entendimento desta C. 15ª Câmara de Direito Criminal.".

Percebe-se, então, pelo excerto transcrito, que a questão trazida à baila no recurso especial está em conformidade com o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, manifestado nos Recursos Especiais Repetitivos nº 1.117.073/PR e nº 1.117.068/PR (Tema 190), em sessão de julgamento realizada aos 26 de outubro de 2011, nos termos dos votos da Ministra Relatora, ocasião em que declarou que não é possível fixar a pena aquém do mínimo legal na segunda fase em razão de circunstâncias atenuantes.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, inclusive, sem descurar da alegação defensiva acerca da existência dos Recursos Especiais nº 2.057.181/SE, 2.052.085/TO e 1.869.764/MS, descabe falar no afastamento do Tema 190/STJ ou no sobrestamento deste feito diante do debate existente na Corte Cidadã acerca de sua Súmula 231, uma vez que não há qualquer determinação daquele Sodalício nesse sentido, ressaltando-se que permanecem hígidos os termos do aludido precedente vinculante.

Bem por isso, uma vez decidida a matéria em sede de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, compete ao Tribunal de origem aplicar tal entendimento ao caso concreto, a fim de evitar o desnecessário processamento do recurso especial perante o referido Sodalício (artigo 1.030, inciso I, do Código

Penal).

Nessa linha, importante o escólio da E. Ministra Assusete Magalhães, no julgamento do AgInt no AREsp nº 1.816.495[1]:

> *"[...] na sistemática introduzida pelo art. 543-C do CPC/73 (art. 1.036 do CPC/2015), incumbe ao Tribunal de origem, com exclusividade e em caráter definitivo, proferir juízo de adequação do caso concreto ao precedente formado em repetitivo, não sendo possível, daí em diante, a apresentação de qualquer outro recurso dirigido a este STJ, sob pena de tornar-se ineficaz o propósito racionalizador implantado pela Lei 11.672/2009."*

Importante ressaltar, também, que o agravo interno não constitui instrumento hábil para veicular pretensão de modificação de entendimento vinculante, uma vez que, na estrita competência deste Sodalício, é possível apenas proferir juízo de adequação do caso concreto ao precedente, sendo inviável nesta sede, portanto, a revisão do teor da interpretação realizada pela Corte Superior.

Desse modo, a decisão monocrática profligada foi precisa e individualizada, tendo ponderado o teor do pleito recursal, do acórdão que julgou o apelo, bem como os termos do precedente vinculante, de forma que não vislumbro justificativa para a modificação da decisão monocrática combatida.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2154062-32.2021.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOAQUIM DA BARRA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOAQUIM DA BARRA.

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 32.096)**

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

Acesso ao Sumário

1 Ag Int no AREsp 1.816.495/RS, Rel Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, j. 28/06/2021, p. 30/06/2021.

DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 6 de dezembro de 2023.

RICARDO ANAFE, Relator e Presidente do Tribunal de Justiça

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 612 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 e 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 612), pois o reconhecimento da constitucionalidade de hipóteses de manutenção de contratação temporária pelo prazo de dois anos contraria o quanto estabelecido em referido tema.

Sem contraminuta (fl. 22).

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.

Acesso ao Sumário

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:

"O artigo 4º dispõe sobre o prazo das contratações temporárias e no caso 'sub examen' estabelece o prazo de 6 (seis) meses para os incisos ali elencados, dentre eles o inciso VIII, ***'atendimento a outras situações de urgência que vierem a ser definidas em Lei.'*** *e de 1 (um) ano para* ***'os demais casos'****, admitindo, em seu parágrafo único, a prorrogação por igual prazo, uma única vez; vale dizer,* ***as contratações quando prorrogadas serão, considerando-se dispositivo referido, de 1 ano para o inciso VIII e de dois anos para os 'demais casos'.***

Observa-se que a contratação temporária é uma ferramenta de recrutamento de pessoal a ser utilizada pelo gestor público em situações emergenciais ou imprevisíveis que afastam, dado o caráter de urgência, os trâmites burocráticos que se seguiriam para consecução dos serviços, aqui, no caso, a regra do concurso público, a fim de que seja atendido o excepcional interesse público; via de regra, portanto, e dentro dos critérios de razoabilidade, contratações de tal natureza devem servir ao tempo de duração da situação excepcional que a ensejou.

(...)

Este C. Órgão Especial tem fixado entendimento no sentido de que as admissões temporárias não devem ultrapassar 12 (dose) meses, ***prorrogáveis por igual período*** *...*

Portanto, quanto ao artigo 4º da Lei nº 818, de 25 de agosto de 2017, não se verifica a propalada inconstitucionalidade." (fl. 370/372 dos autos principais).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nos autos do RE nº 658.026, reconheceu a existência de repercussão geral e editou o **tema de nº 612** com a tese de que *nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei;* ***b) o prazo de contratação seja predeterminado;*** *c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração*.

Daí resulta que o caso tratado nestes autos está em harmonia com referida tese e não existe 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, restrito a repisar 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.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003304-26.2021.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante ANTONIO CARLOS DA FONTE JÚNIOR, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE SÃO CARLOS.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.073)**

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, 7 de novembro de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESARIAL COM CONFERÊNCIA DE BENS PARA INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL – CORRESPONDÊNCIA ENTRE O IMÓVEL QUE FOI OBJETO DO NEGÓCIO JURÍDICO (MATRÍCULA ENCERRADA) E AQUELES QUE SURGIRAM APÓS A DESAPROPRIAÇÃO, O GEORREFERENCIAMENTO E O DESMEMBRAMENTO (NOVAS MATRÍCULAS) – ESPECIALIDADE OBJETIVA ATENDIDA – PRECEDENTE SEMELHANTE DESTE EGRÉGIO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA – APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA JULGAR A DÚVIDA IMPROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Antônio Carlos da Fonte Júnior** em

face da r. sentença proferida pela MM. Juíza Corregedora Permanente do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de São Carlos, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a recusa do registro do instrumento particular de constituição da sociedade Agrícola Zancaner Hernandes Ltda. com conferência de bens (matrícula n.º 56.194 da referida serventia extrajudicial) para integralização do capital social (fls. 196/200).

Em seu recurso, o apelante afirmou, em síntese, que a r. sentença tem de ser reformada, porque não há dúvidas quanto ao bem imóvel conferido ao capital social, pouco importando que sua descrição no título seja aquela da matrícula encerrada. Pugnou, assim, pelo registro do instrumento contratual, o qual se fez acompanhar da pertinente certidão de isenção de imposto de transmissão de bens imóveis (fls. 221/227).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 251/254).

É o relatório.

A recusa do registro do instrumento particular de constituição da sociedade Agrícola Zancaner Hernandes Ltda. com conferência de bens (matrícula n.º 56.194 do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Carlos) para integralização do capital social se deu nos seguintes termos (nota de devolução n.º 2724 – fls. 48):

> *"01) Comprovar a representação de Renata Zancaner Hernandes, por Antônio Carlos da Fonte Júnior. (Art. 653 c/c Art. 661, § 1º do CC/02).*
> *02) O imóvel objeto da conferência de bens, ou seja, matrícula nº 56.194, foi georreferenciado originando três (03) novas matrículas, a saber matrícula nº 156.903, 156.904 e 156.905. Posteriormente o imóvel objeto da matrícula nº 156.903, foi desmembrado em mais 04 partes, sendo as matrículas nºs 169.362, 169.363, 169.364, e 169.365. Portanto não se trata da primeira apresentação do(s) memorial(ais) descritivos georreferenciados (artigo 9º, § 3º do Decreto 4.449/2002) na forma do artigo 176, § 3º Lei 6.015/73).*
> *Pelo exposto supra fica prejudicada a presente conferência tendo em vista que o imóvel objeto da conferência de bens perdeu sua especialidade objetiva. (Art. 225, § 2º da Lei 6.015/73).*
> *03) Quanto a Certidão de isenção de imposto de transmissão de bens imóveis deverá ser adequada a situação atual do imóvel (matrículas posteriores) como foi mostrado acima. (Art. 225, § 2º da Lei 6.015/73)."*

Atendida a exigência elencada no item 1 da referida nota devolutiva (conforme afirmado pelo Oficial de Registro de Imóveis – fls. 131/132), os demais óbices (itens 2 e 3) impediram o almejado ingresso do título no registro imobiliário.

Acesso ao Sumário

A matrícula nº 56.194 foi encerrada aos 11 de julho de 2017. Após o destaque sofrido devido à desapropriação, procedeu-se à apuração da área remanescente (descrição retificada e georreferenciada), dando origem a 3 (três) outros imóveis que receberam matrículas próprias (matrículas nºs 156.903, 156.904 e 156.905 – fls. 87/98). Posteriormente, o imóvel objeto da matrícula nº 156.903 foi desmembrado, resultando em outros 4 (quatro) imóveis (matrículas nºs 169.362, 169.363, 169.364 e 169.365), o que motivou também o seu encerramento (fls. 4/7).

Essa é a situação registrária sob cujo manto foi efetivada a qualificação, conduzindo à recusa de acesso do título ao cadastro, eis que atinente a imóvel que, formalmente, não mais está na força da matrícula nº 56.194, encerrada há tempos.

Muito embora já tenha me posicionado pelo descumprimento do princípio da especialidade objetiva em julgamento outro, Apelação Cível nº 1004268-07.2020.8.26.0220, em que se discutiu situação semelhante, curvo-me à orientação deste Egrégio Conselho Superior da Magistratura para dar provimento à apelação, destacando os seguintes trechos do acórdão para melhor elucidação:

> *"[...] As certidões de fl. 26/71 demonstram que a matrícula nº 42.952 foi encerrada pelo desdobro, em nove áreas, do imóvel dado em garantia.*
> *Em razão desse desdobro foram abertas as matrículas de nºs 48.901 a 48.909 (fl. 29/63), sendo a última posteriormente desdobrada em dois imóveis que se tornaram objeto das matrículas nºs 50.095 e 50.096 (fl. 68/71 e 64/67, respectivamente).*
> *Esses desdobros, assim como ocorre com as alterações da denominação social, não acarretam a necessidade de retificação do título para identificar as matrículas nºs 50.095 e 50.096 como correspondentes aos dois imóveis sujeitos à constituição da garantia real (fl. 10/11).*
> *Como esclarece Afrânio de Carvalho:*
> *'O princípio da especialidade significa que toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado. Esse princípio, consubstancial ao registro, desdobra o seu significado para abranger a individualização obrigatória de: a) todo imóvel que seja objeto de direito real, a começar pelo de propriedade, pois a inscrição não pode versar sobre todo o patrimônio ou sobre um número indefinido de imóveis; b) toda dívida que seja garantida por um direito real, pois a quantia não pode ser indefinida, mas certa, expressa em moeda nacional'. (Registro de Imóveis, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 203).*
> *In casu, o Oficial de Registro de Imóveis informou que as áreas desdobradas integravam a matrícula do imóvel originalmente dado em alienação fiduciária, o que também se verifica pelas certidões das matrículas que apresentou ao suscitar a dúvida.*

Observo que eventual questionamento sobre a origem tabular dos imóveis matrículas nºs 50.095 e 50.096 teria impedido os desdobros que, reitero, foram promovidos pelo Oficial de Registro de Imóveis sem que exista notícia, nestes autos, sobre indagação em relação à identificação das localizações e das medidas perimetrais do imóvel original e das áreas desdobradas, o que faz concluir que os desdobros sucessivos respeitaram os requisitos impostos pela especialidade objetiva do registro.

Observada a especialidade objetiva na constituição da garantia e nos desdobros realizados, permanecem os imóveis oriundos desses desdobros, que ainda são de propriedade da devedora fiduciante, sujeitos à alienação fiduciária constituída sobre a área maior que integravam.

Anoto que não é incomum a alteração do registro imobiliário antes da apresentação de título de alienação ou constituição de garantia ou ônus real, o que, como exemplo, pode ocorrer pelo desfalque causado por desapropriação, pela retificação da descrição da área, ou por outro motivo. Porém, estando a área remanescente do imóvel descrita na matrícula de modo a possibilitar a sua completa identificação e, ainda, a correspondência entre esse imóvel e o que foi objeto do negócio jurídico celebrado pelo titular do domínio, no exemplo citado não há razão para impedir o registro com fundamento no princípio da especialidade objetiva, ou no princípio da continuidade que se apoia no da especialidade."

No caso concreto, as 6 (seis) novas matrículas nºs 156.904, 156.905, 169.362, 169.363, 169.364 e 169.365, todas com descrições georreferenciadas (como esclarecido pelo Registrador – fls. 146), têm origem na matrícula nº 56.194, permitindo concluir que há correspondência entre o imóvel que foi objeto do negócio jurídico e aqueles que surgiram após a desapropriação, o georreferenciamento e o desmembramento.

Por conseguinte, não se vê razão para impedir o registro do título com fundamento no princípio da especialidade objetiva ou na exigência de adequação da certidão de isenção de imposto de transmissão de bens imóveis, uma vez que a apresentada serve ao seu propósito.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** à apelação para julgar a dúvida improcedente.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011635-84.2022.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante ZM – AGROPECUÁRIA LTDA., é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE CATANDUVA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.170)**

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, 7 de novembro de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESARIAL COM CONFERÊNCIA DE BENS PARA INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL – TÍTULO QUE SE REFERE A IMÓVEL POSTERIORMENTE GEORREFERENCIADO, DANDO ORIGEM A CINCO NOVAS GLEBAS E CORRESPONDENTES MATRÍCULAS – IMÓVEL ORIGINAL QUE PERMANECEU PARA ABARCAR TÃO SOMENTE AS ESTRADAS MUNICIPAIS – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE OBJETIVA – PERFEITA IDENTIFICAÇÃO DOS IMÓVEIS SURGIDOS COMO SENDO ORIGINADOS DO IMÓVEL DE GLEBA MAIOR – PRECEDENTE SEMELHANTE DESTE E. CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA – RECURSO PROVIDO – DÚVIDA IMPROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **ZM – Agropecuária Ltda.** em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do 1º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Catanduva, que julgou procedente a dúvida suscitada e manteve a recusa do registro do instrumento particular de constituição da sociedade apelante com conferência de bens (matrícula n.º 326 da referida serventia extrajudicial) para integralização do capital social (fls. 164/170).

Em seu recurso, a apelante afirma, em síntese, que a r. sentença tem de ser reformada, porque não há dúvidas de que o imóvel originariamente identificado no título a registrar, de matrícula nº 326, corresponde aos imóveis das matrículas 60.436, 60.437, 60.438, 60.439 e 60.440 em razão da realização de georreferenciamento, de sorte a se aplicar a regra do artigo 213, § 13, da Lei 6.015/73. Pede, assim, a recorrente, que, afastados os óbices, o pretendido registro seja lavrado (fls. 178/184).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (fls. 205/208).

É o relatório.

A recusa do registro do instrumento particular de constituição da sociedade ZM Agropecuária Ltda. com conferência de bens (matrícula n.º 326 do Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Catanduva) para integralização do capital social se deu nos seguintes termos (nota de devolução n.º 32.028 – fls. 90/93):

> *"1. O item 1 da Nota de Devolução nº 23.183 (Protocolo nº 169.272) foi solucionado, pois foi averbado o georreferenciamento junto à matrícula nº 326.*
>
> *Contudo, em virtude do seccionamento do imóvel por vias públicas, o georreferenciamento implicou a abertura de cinco glebas distintas, as quais foram matriculadas nesta serventia sob nºs. 60.436 a 60.440.*
>
> *Consequentemente, deverá ser feito o seguinte:*
>
> *1.1 – Corrigir o título para constar a descrição de cada imóvel.*
>
> *OBSERVAÇÃO: A exigência acima foi solicitada no item 2 da nota de devolução anterior [...].*
>
> *FUNDAMENTO: princípio da especialidade objetiva.*
>
> *1.2 – Corrigir o título para constar o valor de avaliação de cada imóvel, sendo que a somatória dos valores deve corresponder ao valor já indicado no título.*
>
> *OBSERVAÇÃO: A exigência acima não foi apontada na nota de devolução anterior porque, como a averbação de georreferenciamento não tinha sido feita, não era possível constatar a abertura de matrícula para mais de um imóvel."*

Atendida a exigência quanto à averbação do georreferenciamento na matrícula 326, conforme nota devolutiva anterior, os demais óbices impediram o almejado ingresso no registro imobiliário.

O imóvel da matrícula nº 326 foi objeto de georreferenciamento, conforme AV. nº 118, em 24 de junho de 2022, o que ocasionou seu seccionamento pelas estradas municipais (CTG – 386 e CTG – 379) e a constituição de cinco glebas distintas, designadas glebas A, B, C, C, e D, matriculadas na mesma serventia sob nºs 60.436 (A), 60.437 (B), 60.438 (C), 60.439 (C) e 60.440 (D). Na

Acesso ao Sumário

matrícula nº 326 permaneceram apenas as estradas municipais.

Esta é a situação registrária, sob cujo manto foi negada a qualificação, ao fundamento de que o título apresentado para inscrição no fólio real é atinente a imóvel que, formalmente, não mais está na força da matrícula nº 326, que remanesceu apenas para abarcar as estradas municipais.

Muito embora já tenha me posicionado pelo descumprimento do princípio da especialidade objetiva em julgamento outro, Apelação Cível nº 1004268-07.2020.8.26.0220, em que se discutiu situação semelhante, curvo-me à orientação deste E. Conselho Superior da Magistratura para dar provimento ao recurso de apelação, destacando os seguintes trechos do acórdão para melhor elucidação:

> *"[...] As certidões de fl. 26/71 demonstram que a matrícula nº 42.952 foi encerrada pelo desdobro, em nove áreas, do imóvel dado em garantia.*
> *Em razão desse desdobro foram abertas as matrículas de nºs 48.901 a 48.909 (fl. 29/63), sendo a última posteriormente desdobrada em dois imóveis que se tornaram objeto das matrículas nºs 50.095 e 50.096 (fl. 68/71 e 64/67, respectivamente).*
> *Esses desdobros, assim como ocorre com as alterações da denominação social, não acarretam a necessidade de retificação do título para identificar as matrículas nºs 50.095 e 50.096 como correspondentes aos dois imóveis sujeitos à constituição da garantia real (fl. 10/11).*
> *Como esclarece Afrânio de Carvalho:*
> *'O princípio da especialidade significa que toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado. Esse princípio, consubstancial ao registro, desdobra o seu significado para abranger a individualização obrigatória de: a) todo imóvel que seja objeto de direito real, a começar pelo de propriedade, pois a inscrição não pode versar sobre todo o patrimônio ou sobre um número indefinido de imóveis; b) toda dívida que seja garantida por um direito real, pois a quantia não pode ser indefinida, mas certa, expressa em moeda nacional'. (Registro de Imóveis, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 203).*
> *In casu, o Oficial de Registro de Imóveis informou que as áreas desdobradas integravam a matrícula do imóvel originalmente dado em alienação fiduciária, o que também se verifica pelas certidões das matrículas que apresentou ao suscitar a dúvida.*
> *Observo que eventual questionamento sobre a origem tabular dos imóveis matrículas nºs 50.095 e 50.096 teria impedido os desdobros que, reitero, foram promovidos pelo Oficial de Registro de Imóveis sem que exista notícia, nestes autos, sobre indagação em relação à identificação das localizações e das medidas perimetrais do imóvel original e das áreas desdobradas, o que faz concluir que os desdobros sucessivos respeitaram*

Acesso ao Sumário

os requisitos impostos pela especialidade objetiva do registro.
Observada a especialidade objetiva na constituição da garantia e nos desdobros realizados, permanecem os imóveis oriundos desses desdobros, que ainda são de propriedade da devedora fiduciante, sujeitos à alienação fiduciária constituída sobre a área maior que integravam.
Anoto que não é incomum a alteração do registro imobiliário antes da apresentação de título de alienação ou constituição de garantia ou ônus real, o que, como exemplo, pode ocorrer pelo desfalque causado por desapropriação, pela retificação da descrição da área, ou por outro motivo. Porém, estando a área remanescente do imóvel descrita na matrícula de modo a possibilitar a sua completa identificação e, ainda, a correspondência entre esse imóvel e o que foi objeto do negócio jurídico celebrado pelo titular do domínio, no exemplo citado não há razão para impedir o registro com fundamento no princípio da especialidade objetiva, ou no princípio da continuidade que se apoia no da especialidade."

Na espécie, inexistem dúvidas de que o imóvel matriculado sob nº 326 foi objeto de georreferenciamento, após o que remanesceu para conter apenas as estradas municipais, dando origem, ainda, a cinco novas glebas, com matrículas de nºs 60.436, 60.437, 60.438, 60.439 e 60.440.

Semelhantemente ao que ocorreu no precedente invocado, não houve questionamento sobre a origem tabular dos imóveis de matrículas 60.436, 60.437, 60.438, 60.439 e 60.440, de sorte que o desdobro se deu sem entraves pelo Oficial de Registro de Imóveis, autorizando a conclusão de que respeitou os requisitos da especialidade objetiva do registro.

De outra parte, o Registrador identificou que as cinco novas glebas têm origem no imóvel de matrícula 326, que foi objeto da integralização do capital na constituição da sociedade recorrente, razão pela qual não tem justa causa para impedir o registro forte no princípio da especialidade objetiva, ou no da continuidade que naquele se apoia.

Na esteira do precedente suscitado:

"Igual ocorre com a retificação, pois o art. 213, § 13, inciso I, da Lei nº 6.015/73 prevê que a retificação da descrição da área não impede o registro de título anterior, com manutenção da nova descrição do imóvel:
'§ 13. Não havendo dúvida quanto à identificação do imóvel:
I – o título anterior à retificação poderá ser levado a registro desde que requerido pelo adquirente, promovendo-se o registro em conformidade com a nova descrição; e
II – a prenotação do título anterior à retificação será prorrogada durante a análise da retificação de registro'."

O outro óbice é desdobramento da primeira exigência apresentada e não merece prosperar.

Acesso ao Sumário

O Oficial de Registro pode apurar o valor de avaliação de cada imóvel com base na avaliação do imóvel originário, aplicando simples raciocínio matemático.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** à apelação, para julgar a dúvida improcedente, com a liberação do título a registro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014660-31.2022.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante IVETE PELLEGRINE CORRÊA, é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

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 39.190)**

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, 17 de novembro de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – ESCRITURA PÚBLICA DE PERMUTA – IMÓVEIS COM VALORES VENAIS DISTINTOS, QUE NÃO SE EQUALIZARAM COM A TORNA – ACRÉSCIMO PATRIMONIAL, OBTIDO DE FORMA NÃO ONEROSA, QUE IMPÕE A DECLARAÇÃO E O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E DOAÇÃO – ITCMD, OU COMPROVAÇÃO DA SUA NÃO INCIDÊNCIA POR DECLARAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE – DEVER DO OFICIAL DE REGISTRO PROMOVER A FISCALIZAÇÃO DO PAGAMENTO DOS IMPOSTOS DEVIDOS – APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Ivete Pellegrini Corrêa contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do 1º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de São José dos Campos, que manteve a recusa do registro da escritura pública de permuta referente ao imóvel (50%) matriculado sob nº 86.309 junto à referida serventia extrajudicial (fls. 79/81).

Em suas razões, a recorrente alegou, em síntese, que o título ofertado a registro encontra-se hígido e apto à sua finalidade, não se justificando a exigência de comprovação do recolhimento do imposto de doação. O negócio realizado não se tratou de doação, mas, sim, de operação onerosa de transmissão de bens, e, portanto, sujeita ao Imposto sobre Transmissão *Inter Vivos* – ITBI, que foi devidamente pago. Além disso, a exação ofende o princípio da legalidade e importa em bitributação (fls. 90/101).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 122/124).

É o relatório.

Apresentada a registro a escritura pública de permuta, a Oficial de Registro de Imóveis desqualificou o título, consignando na nota de devolução o seguinte (fls. 29/32):

> *"1-) Recolhimento do ITCMD devido em razão da diferença de valores venais entre os imóveis permutados, caracterizando doação.*
> *2-) Comprovante de recolhimento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, devido à Prefeitura Municipal de São José dos Campos,*
> *3-) Original ou cópia autenticada da certidão de casamento de: MELANIE CUNHA CORREA VALLIM e ALEXANDRE DIAS VALLIM".*

A apresentante cumpriu as exigências descritas nos itens nºs 2 e 3, mas não se conformando com aquela estatuída no item nº 1 da nota devolutiva, requereu que o título e a declaração de dúvida fossem remetidos ao juízo competente para dirimi-la.

Acesso ao Sumário

De acordo com a escritura pública de permuta, a apelante recebeu o imóvel (50%) objeto da matrícula 86.309 do 1º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São José dos Campos e transmitiu, para Melanie Cunha Correa Vallin, o imóvel (40%) objeto da matrícula nº 16.103 do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Caraguatatuba (fls. 12/15).

As partes atribuíram os valores de R$ 32.256,55 (50% do imóvel matriculado sob nº 86.309) e de R$ 40.000,00 (40% do imóvel matriculado sob nº 16.103), com torna do valor de R$ 7.743,45, constando na escritura pública de permuta que a base de cálculo do imposto de transmissão – ITBI sobre o imóvel adquirido pela apelante foi de R$ 843.862,31 (fls. 12/19).

Por sua vez, ao imóvel recebido pela apelante foi atribuído, para o exercí-

cio de 2022, valor venal de R$ 1.687.724,63 (50% = R$ 843.862,31), ao passo que ao imóvel recebido por Melanie Cunha Correa Vallin foi atribuído valor venal de R$ 494.400,85 (40% = R$ 197.760,34), do que decorreu exigência, para registro da transmissão da propriedade do imóvel de maior valor, da comprovação da declaração e do recolhimento do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCMD.

Muito embora já tenha me posicionado de forma diferente (Apelação Cível nº 1109321-12.2021.8.26.0100), curvo-me à orientação deste Egrégio Conselho Superior da Magistratura para chancelar a exigência da declaração e do recolhimento do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCMD, ou comprovação da sua isenção mediante declaração do órgão estadual competente.

Com efeito, a diferença entre os valores venais dos imóveis permutados corresponde a R$ 646.101,97, sendo a torna de R$ 7.743,45 insuficiente para a recomposição do patrimônio da transmitente daquele de maior valor, o que faz considerar o excedente doação.

Isso porque o negócio jurídico, na forma como celebrado, gerou em favor da apelante um acréscimo patrimonial decorrente da disposição de bem realizada de forma não onerosa, pela outra permutante, a caracterizar doação, na forma do artigo 538 do Código Civil:

> *"Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra".*

Nesse sentido, os seguintes precedentes do Colendo Conselho Superior da Magistratura:

> *"REGISTRO DE IMÓVEIS. Escritura pública de permuta de bens imóveis de valores venais distintos, sem torna. Acréscimo patrimonial de forma não onerosa a caracterizar doação. Ausência de comprovação de recolhimento de Imposto de Transmissão causa mortis – ITCMD. Dever do Oficial de velar pelo seu recolhimento, exigindo a apresentação das respectivas guias. Óbice mantido. Recurso desprovido"* (Apelação 1007778-97.2020.8.26.0100, Relator: Ricardo Anafe, j. 05/06/2020, DJe 19/06/2020).
>
> *"REGISTRO DE IMÓVEIS. Escritura pública de permuta de bens imóveis de valores venais distintos, sem torna. Acréscimo patrimonial de forma não onerosa a caracterizar doação. Ausência de comprovação de recolhimento de Imposto de Transmissão causa mortis – ITCMD. Dever do Oficial de velar pelo seu recolhimento, exigindo a apresentação das respectivas guias. Óbice mantido. Recurso desprovido"* (Apelação Cível nº 1001733-55.2018.8.26.0615, Relator: Ricardo Anafe, j. 18.11.2021, DJe 23.11.2021).

E não há que se falar em ofensa ao princípio da legalidade e bitributação, valendo trazer à baila o seguinte julgado proferido pela 2ª Câmara de Direito

Público do Egrégio Tribunal de Justiça, que, com precisão e juridicidade, bem esclareceu a *quaestio*:

> *"(...)*
> *A obrigação tributária decorre de lei e independe da manifestação de vontade das partes. Assim, o fato gerador ocorre quando a hipótese legal se manifesta no mundo real, por meio de situação definida como necessária e suficiente à sua ocorrência (art. 114 CTN). Uma vez constatado o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, está a autoridade administrativa autorizada a desconsiderar o negócio jurídico (art. 116, parágrafo único, CTN). Portanto, não há ofensa ao princípio da legalidade quando o Tabelião exige o cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, sob pena de responder solidariamente pela omissão (art. 134, VI, CTN). No mais, não há bitributação sobre o mesmo fato gerador. O ITBI devido em relação à transferência dos imóveis até o valor coincidente não se confunde com o ITCMD devido sobre a quantia excedente. Para fins de ITCMD, o acréscimo patrimonial, que configura a doação, refere-se apenas ao montante que supera a equivalência dos imóveis, ou seja, a diferença apontada pelo Oficial de Registro (fls. 51)".* (Apelação Cível nº 1012791-87.2021.8.26.0344, Relatora: Maria Fernanda de Toledo Rodovalho, j. 22.11.2022, Dje 24.11.2002).

Desse modo, correta a exigência da comprovação de que o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCMD foi declarado e recolhido sobre a diferença entre o valor dos imóveis, ou de que foi reconhecida a sua isenção, uma vez que realizada em conformidade com os artigos 2º, inciso II, 6º, inciso II, alínea "a", e § 1º, da Lei Estadual nº 10.705/2000, e artigos 1º, inciso II, 6º, inciso II, alínea "a", e 7º do Decreto Estadual nº 46.655/2002.

Por fim, cumpre ao Oficial de Registro de Imóveis, no exercício de suas funções, fiscalizar o pagamento dos impostos devidos (artigo 289 da Lei nº 6.015/1973), sob pena de sua responsabilidade solidária (artigo 134, inciso VI, do Código Tributário Nacional).

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1092717-05.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada SOLANGE DANIEL DE SOUZA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.209)**

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, 17 de novembro de 2023.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – USUCAPIÃO NA VIA EXTRAJUDICIAL – DÚVIDA – APELAÇÃO – MANUTENÇÃO DA RECUSA – IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAR À REQUERENTE QUE INCLUA TERCEIROS NO POLO ATIVO – PRINCÍPIO DA ROGAÇÃO – INDÍCIOS DE USO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA ATINGIR FIM NÃO PERMITIDO PELA LEI, COM PREJUÍZO A TERCEIROS – FALTA DE SEGURANÇA PARA O PROSSEGUIMENTO NA ESFERA EXTRAJUDICIAL – APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA, REFORMANDO A SENTENÇA, RECONHECER A PROCEDÊNCIA DA DÚVIDA E EXTINGUIR O PROCESSO EXTRAJUDICIAL DE USUCAPIÃO.

VOTO

O 6º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo suscitou dúvida (fls. 01/04) a requerimento de *Solange Daniel de Souza*, afirmando que a interessada fez iniciar processo extrajudicial de usucapião (prenotação nº 784.664) para ver declarado o seu domínio sobre o apartamento objeto da matrícula nº 146.607, da referida serventia extrajudicial (fls. 33/34 e 379). Esclareceu que esse imóvel tem como dona a sociedade EZ Giopris Empreendimentos Imobiliários S/C Ltda. (fls. 33/34 e 379), que se comprometeu a vende-lo a Roberval Zopolato Mendes (que é irmão da requerente *Solange Daniel de Souza* – fls. 23) e sua mulher, Iara Iuze Zopolato Mendes (fls. 41/61). Disse que os compromissários compradores cederam seus direitos à requerente Solange Daniel de Souza (fls. 62/66); contudo, na data da cessão feita de Roberval e sua mulher Iara para a requerente *Solange*, contra ambos os cedentes pendiam ações de execução e, posteriormente, também vieram a recair, em seu desfavor, indisponibilida-

de de bens (fls. 181/182 e 188/190, em especial). Lembrou que se deve evitar alegações de nulidade, simulação ou lesão a direito alheio, mas ressalta que a cessão dos direitos de compromisso de compra e venda, na pendência de ações executivas, indica possível fraude a credores, confirmando haver indícios de simulação, uma vez que existe parentesco entre os figurantes e há expressa recusa em dar o compromisso de compra e venda a registro. Além disso, afirmou ser possível solucionar a questão com a transmissão do domínio em favor dos cedentes Roberval e sua mulher Iara, os quais, depois, poderão celebrar o negócio translativo que melhor lhes convier, sem risco de fraude a terceiros. Por tudo isso, concluiu ser necessária a alteração do polo ativo, com a substituição da requerente Solange pelos cedentes Roberval e sua mulher Iara.

A r. sentença julgou a dúvida improcedente, sob o fundamento de que não se pode determinar a regularização do polo ativo para reconhecimento do direito em favor de terceiro que não veio aos autos; assim, ainda que possam existir incertezas sobre eventuais simulações ou prejuízos a terceiros, isso deve ser considerado quando da decisão final do processo, sem que, contudo, sirva de fundamento para impor a mudança de requerente (fls. 393/398).

O Ministério Público apelou, requerendo a reforma da r. sentença e aduzindo que há fortes indícios de fraude no pedido extrajudicial de usucapião, visto que os cedentes do compromisso de compra e venda, irmão e cunhada da requerente, figuravam no polo passivo de execuções forçadas, e pende indisponibilidade de bens contra um deles. Assim, sustenta que não existe segurança para que o processo avance tendo *Solange* como requerente, devendo a dúvida ser julgada procedente, a fim de se determinar a substituição do polo ativo, ou, subsidiariamente, para que o caso seja remetido às vias ordinárias (fls. 404/408).

A requerente *Solange Daniel de Souza* apresentou contrarrazões (fls. 412/420).

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento da apelação (fls. 436/440).

É o relatório.

O óbice apontado pelo Oficial de Registro de Imóveis e sustentado pelo apelante, referente à alteração coativa do polo ativo do processo extrajudicial de usucapião (fls. 371/372, especialmente), deve ser afastado, de maneira que a apelação não pode ser provida por esse fundamento.

Acesso ao Sumário

À semelhança do que se passa no processo civil (que começa por iniciativa da parte, como está no Código de Processo Civil, artigo 2º), o processo de registro em regra só principia a requerimento do interessado (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 13, II, e 217), e este – para usar da lição de Ricardo Dip (*Registros sobre Registros II*, Descalvado: Primus, 2018, p. 280/281, n. 514) – é o *"dominus desse interesse particular registral", "domínio" que "corresponde ao princípio da rogação (rogatio) e não apenas diz respeito à*

iniciação do processo registral, senão que abrange também as dispositiones referentes a todo o caminho da registração até sua culminância". Portanto, é impossível falar em substituição coativa do polo ativo do processo extrajudicial de usucapião, como se o Oficial de Registro de Imóveis (ou o Juízo dos Registros) pudesse impor a terceiro o dever ou o ônus de figurar como autor: ou bem o requerente original tem legitimidade e interesse (e permanece em sua posição), ou não tem (e o processo é extinto). O que não cabe, entretanto, é mandar que se substitua, para que o mesmo feito prossiga com outro autor. Logo, como dito, andou bem a r. sentença, quando afastou a suposta possibilidade e necessidade de alteração coativa da requerente.

Afastado esse ponto, verifica-se, contudo, que o processo extrajudicial realmente não deve prosseguir. Como se sabe, *"o 'juiz dos registros' – expressão que compreende também os órgãos judiciais colegiados – exercita função de fiscalização dos registros públicos. Por isto, ainda que um dado óbice legal não tenha sido desfiado pelo registrador, pode o juiz dos registros recolhê-lo propter officium, em defesa da segurança jurídica e do interesse público"* (Ricardo Dip, *Registros sobre Registros II*, cit., p. 280/281, n. 522), e é isso que cumpre fazer neste caso, em que desde logo há elementos para a qualificação negativa do requerimento deduzido por *Solange Daniel de Souza*.

Como sucede no processo civil – onde o juiz tem de proferir decisão que impeça o objetivo das partes, quando estas se servirem do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado pela lei (Código de Processo Civil, artigos 139, inciso II, 142 e 966, inciso III) –, cumpre também ao Oficial de Registro de Imóveis e, depois dele, ao Juízo dos Registros impedir que a instância extrajudicial seja empregada em colusão ou fraude, para atingir objetivo que a ordem jurídica não admite.

Especificamente nesta hipótese, consta que a requerente e cessionária *Solange Daniel de Souza* é irmã e cunhada de Roberval e Iara, cedentes dos direitos de compromisso de compra e venda, e que, além disso, pesa em desfavor do casal (quando menos, contra o varão) uma série de demandas judiciais e mesmo indisponibilidade de bens, o que é indício que a cessão esteja sendo usada para que, manejando o processo de usucapião, *Solange* consiga adquirir o domínio como interposta pessoa. É bem verdade que essa mera circunstância de parentesco, considerada de per si, não é prova cabal de uso ilícito da instância administrativa. Ocorre, todavia, que na hipótese esse fato suspeito vem agravado pela precariedade das provas de posse, que não são robustas como se quer fazer crer a fls. 413/414.

Com efeito: *(a)* as declarações de testemunhas trazem escassas informações (fls. 37/38) e a ata notarial não coligiu elementos de maior vulto (fls. 26/28, especialmente), de modo que aí não se ultrapassou, em nada, a afirmação vaga de exercício de posse há anos, e a constatação do *atual* estado de coisas. Não

Acesso ao Sumário

bastasse, o compromisso de compra e venda de Roberval e sua mulher Iara para a apelante *Solange*, quase ilegível, não oferece segurança sobre a data em que efetivamente foi lavrado (cf. fls. 66, em particular); e *(b)* não há demonstração definitiva e cabal de que a requerente venha adimplindo, ela mesma, o tributo sobre a propriedade urbana e as despesas do condomínio (fls. 89/150) – ao contrário, o rateio condominial (*e. g.*, fls. 112, 128 e 137) e a conta de luz e força (*e. g.*, fls. 150) chegaram a vir em nome do cedente Roberval, e não da requerente *Solange*, certo que a alegação de que a atualização, depois de quinze anos de posse, só se fará quando for reconhecida a prescrição aquisitiva não é convincente (fls. 218).

Nesse cenário, é possível afirmar que, a despeito do suposto risco de ofensa a direito de terceiros não ser propriamente um óbice ao prosseguimento da usucapião extrajudicial, a absoluta fragilidade dos indícios e provas de poder fático exercido pela requerente *Solange* – deficiência essa agravada pela falta de segurança quanto ao tempo e às razões da cessão do compromisso de compra e venda – impede o avanço do processo na esfera extrajudicial. Se houve – ou não, como defende a apelada (fls. 415) – fraude ou simulação, isso é questão que demanda prova, o que *ipso facto* exclui a via administrativa.

Tampouco auxilia a apelada a alegação do suposto princípio da concentração na matrícula (fls. 416/417), quando é certo que nada pôde ser inscrito em desfavor dos cedentes Roberval e sua mulher Iara, justamente porque, contravindo o artigo 169 da Lei nº 6.015/1973, mantiveram oculto o compromisso de compra e venda e a cessão. Na mesma ordem de ideias, vale salientar que a questão da indisponibilidade e da pendência de feitos entra aqui, sobretudo, como causa de incerteza acerca da posse de *Solange*. Ou seja, ainda que no plano jurídico a existência de ações e de restrições ao poder de dispor não signifique, sempre, a impossibilidade de usucapir, *in casu* essas demandas fazem nebulosa a situação possessória, o que conduz às vias ordinárias, onde a questão pode ser examinada mediante a produção de melhores provas, se houver.

Em suma, a declaração da prescrição aquisitiva tem de ser buscada sob o contraditório, na esfera jurisdicional, de forma que, nesta seara, tudo o que cabe é prover o recurso do Ministério Público e, reformando a r. sentença, dar a dúvida por procedente, com a extinção do processo extrajudicial de usucapião intentado por *Solange Daniel de Souza*.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

THEMÍSTOCLES BARBOSA FERREIRA NETO (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da "Posse Solene dos Desembargadores Marco Fábio Morsello, Jair de Souza e Daniela Maria Cilento Morsello" (Cerimônia realizada em 19.10.2023).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Mair Anafe, Eminente Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em cuja pessoa saúdo todas as autoridades presentes, já nominadas quando do início desta sessão.

Senhores Desembargadores, hoje empossados, Doutores Jair de Souza, Daniela Maria Cilento Morsello e Marco Fábio Morsello, Senhoras e Senhores, a solenidade de posse de Desembargadores é por demais especial, pois nela vemos renascer a esperança, sentimento sem o qual é impossível viver, de que nova era surgirá.

Certamente, não ainda chamada Era de Aquário, anseio de minha geração, aquela em que a Justiça e a paz se firmarão em nosso planeta e o amor se espalhará entre as estrelas. Mas, sim, época que permitirá o alcance, em especial, pelo trabalho dedicado de Magistrados, um dia, de tal ideal.

Com efeito, como asseverou Guimarães Rosa, o importante não é a partida, nem a chegada, mas, sim, a travessia. Juízes em sua travessia, amparados em âncoras, referidas por Rui, quais sejam o amor à liberdade e o amor à verdade, travam árdua luta na solidão e na solidariedade ao próximo, para o cumprimento de seu duro ofício.

Tal luta, porém, é que os individualiza, pois cada qual tem o seu modo, como pontuou Calamandrei, descogitar os argumentos lógicos, mais idôneos, para fundamentar uma conclusão fixada por aquela misteriosa e clarividente intuição, que se chama sentimento de Justiça. Em sendo, pois, o Juiz batalhador de batalhas internas e externas, sua chegada ao cargo de Desembargador faz com que o ato de sua solenidade de posse seja único, singular, merecedor de homenagens, afastada por completo a ideia de que se está apenas a cumprir rotina na sucessão de fatos e pessoas.

Vem, por isso, de rigor, o compartilhamento de um pouco da história e experiência de vida de nossos homenageados, que caminharam e continuarão a caminhar conosco aprimorando o nosso desejo, parodiando Pablo Neruda, de falarmos todos a mesma língua e comungarmos a mesma fé e, acrescento, fazermos Justiça.

Desembargador Jair de Souza nasceu em São Caetano do Sul, formou-se

Acesso ao Sumário

na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, turma de 1986. Antes do ingresso na Magistratura, foi Advogado e Delegado de Polícia, lecionou Direito Romano, Direito Comercial e Direito Civil. Ingressou na Magistratura em 1990 e passou pelas Comarcas de Sorocaba, Piratininga, Paraguaçu Paulista e Capital. Em nove de maio de 2019, foi removido para o cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau. Atento ao chamado que vinha das profundezas do seu ser, contou-me que nunca se afastou de seu desiderato, qual seja, o de ser Juiz, a ponto de, no festivo dia de sua posse ao cargo de Delegado de Polícia, sua mãe tê-lo surpreendido em seu quarto, estudando para o próximo Concurso de Ingresso na Magistratura.

Dotado de um profundo sentimento, creio que intuitivo de permanência, chama a atenção pela continuidade de seu trabalho. De fato, foi Juiz Auxiliar da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Vila Prudente e, depois, Titular da mesma Vara. Foi Juiz Substituto em Segundo Grau na 1Oª Câmara de Direito Privado e lá permanecerá como Desembargador.

É pai de Augusto e filho de Jonas de Souza, que hoje compartilham conosco a alegria de vir sua chegada ao mais alto grau da Magistratura, abençoado por sua mãe, Senhora Zubeida Milani de Souza, que já nos deixou. É paciente, bem-humorado, muito gentil, sabe ouvir, pois ciente está de que, para julgar, é necessária a escuta pautada no interesse e amor pelo jurisdicionado.

Minha amiga, Desembargadora Daniela Maria Cilento Morsello, nasceu em São Paulo. Cursou o Colégio Dante Alighieri e é formada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, turma de 1989. Aprovada com 23 anos de idade, em segundo lugar, no Concurso de Ingresso à Magistratura de 1990, judicou nas Comarcas de São Bernardo do Campo, ltaporanga, São Roque e São Paulo. Nesta Capital, foi Titular da 1ªVarada Família e das Sucessões do Foro Regional de Pinheiros. Em onze de dezembro de 2019, foi removida ao cargo de Juíza Substituta em Segundo Grau. É filha do Doutor Raphael Cilento e da Doutora Ana Cilento. Doutor Raphael era Advogado, redigia primorosamente bem e era um grande orador. Entusiasta da ópera, foi o fundador do primeiro Clube de Ópera de São Paulo, que reunia semanalmente aficionados. E dado o seu imenso conhecimento a respeito, colaborou na edição brasileira e recebeu menção especial no mundialmente celebrado livro completo da ópera: o "Kobbé". Doutora Ana era economista, esmerada anfitriã, sempre dedicada à família, fez com que as filhas, Desembargadora Daniela e Doutora Valéria Maria Cilento, digna representante do Ministério Público, tivessem, independentemente das dificuldades da vida, um ambiente calmo, construtivo, repleto de alegria e amor. De seus pais, de quem tenho saudosa e carinhosa lembrança, a Doutora Daniela herdou o talento para agregar. Sua capacidade de fazer amigos é infinita. A todos acolhe com carinho imenso, fazendo com que aqueles, que estão à sua volta, se sintam integrantes de uma mesma família, família que ela constituiu e continua

Acesso ao Sumário

a constituir, da qual eu tenho o privilégio de pertencer, desde o dia em que a conheci, em uma reunião organizada por este Egrégio Tribunal para Juízes Titulares dos então Juizados de Pequenas Causas. É casada com o Eminente Desembargador Marco Fábio Morsello, hoje também empossado, e mãe dedicada de Otávio, Marco Túlio e Maria Luísa, sua esperança de futuro. Ciente praticante da máxima de Madre Teresa de Calcutá, de não deixar ninguém vir até nós sem sair mais feliz, especializou-se em Direito de Família, permitindo aos jurisdicionados visualizarem a beleza de tal ramo da ciência do Direito, disciplina da convivência e respeito consigo mesmo e com o próximo.

Desembargador Marco Fábio Morsello, difícil para mim refletir com isenção a respeito do Eminente Desembargador. Realmente, Marco Fábio é o irmão que a Magistratura, suprindo lacuna da natureza, me deu. Tenho, não obstante, que correr o risco, pois existem momentos em nossa vida, meus prezados Senhores e Senhoras, que nos convidam a expressar gratidão, repousando a memória sobre aqueles que caminham conosco e, muitas vezes, sem o saber, nos incutem confiança e ternura, dados imprescindíveis a meu ver, para que possamos tentar descobrir em seu âmago o código que encerra o mistério do viver. Este, sem dúvida alguma, é um desses momentos.

E olhando para meu amigo, que ingressou na Magistratura em 1990, nomeado para a 9ª Circunscrição Judiciária, com sede em Rio Claro, lembro do dia em que eu o conheci, em julho de 1991. Eu era Juiz Titular da Comarca de Brotas e ele me ligou para saber como dividiríamos o trabalho na circunscrição, posto que seríamos os únicos a trabalhar no período de férias. Naquelas férias forenses, teve início nossa amizade que, ao longo de mais de 30 anos, cresceu, solidificando-se em lealdade e apreço mútuos, qualidades, aliás, que ele herdou de seus pais, Senhor Hugo Morsello e Dona Vali Morsello. Lembro com saudade que a cada vez que me encontrava com Seu Hugo e Dona Vali, era abraçado efusivamente. Ela sempre muito carinhosa e ele, não obstante tão reservado, me dizia: "Amico, amico". Com carinho, acompanhei sua marcante passagem pelas Comarcas de Descalvado, Palmital e Capital.

O Desembargador Marco Fábio Morsello, nascido em São Paulo, é formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, turma de 1986. É profundamente estudioso, poliglota, multidisciplinar e dotado de um sentimento admirável de reinvenção e resiliência. Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, hoje, por concurso público, é Professor Associado de Direito Civil daquela renomada universidade. Menino, mal sabendo falar, sempre pedia aos pais para passear no aeroporto. Já sabia, todavia, desde aquela época, distinguir, próximo à cabeça da pista, pelo ronco e barulho, qual avião iria pousar. O tempo passou e ele tornou-se referência, não só no Brasil, mas no mundo, em responsabilidade civil em transporte aéreo. Sua dissertação de Doutorado, Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo, é admi-

Acesso ao Sumário

rada e fonte de consulta aos profissionais não só do Direito, mas do transporte aéreo.

Em verdade, o casal Marco Fábio e Daniela, de quem eu e minha mulher fomos padrinhos de casamento, celebram a vida, não se deixam abater por adversidades, são perseverantes, tal como seus antepassados. E me permito, nesse ponto, contar duas pequenas histórias, que ilustram o que acabo de dizer.

Os antepassados de Daniela eram empreendedores, um de seus avós, que veio para o Brasil no final dos anos 20 do século passado, tornou-se empresário do ramo do cinema. Construiu o maior cinema da cidade de São Paulo nos anos 50, ficava na Rua Silva Bueno, no Ipiranga, com vão para três mil pessoas, chamava-se Cine Anchieta. No ano da inauguração, encerrada a última sessão, na qual havia duas mil pessoas, o teto desabou, porém ele não se abateu. Ao chegar em casa, disse à sua esposa, a avó de nossa homenageada, que deviam abrir um champanhe, pois o desabamento aconteceu com o cinema já vazio, sem vítimas. Brindaram e, um ano depois, o cinema foi reinaugurado.

Um dos avós de Marco Fábio veio para o Brasil no final do século XIX. A travessia tinha que ser feita de navio na ocasião. O transporte marítimo apresentava muitos riscos. Próximo à costa da África, houve uma tormenta e o navio correu o risco de naufrágio. Ele era devoto de São Miguel Arcanjo. Em oração, fez uma promessa: caso se salvasse, voltaria à Itália e mandaria construir uma estátua de mármore de São Miguel Arcanjo, traria a imagem para o Brasil e criaria uma capela ao santo de sua devoção. E assim foi, chegou são e salvo em Santos. Voltou à Itália anos após, depois de muito trabalho, e trouxe a imagem. Criou a capela que, posteriormente, foi doada à Cúria Metropolitana. A Igreja de São Miguel Arcanjo, hoje, encontra-se na Rua Taquari, na Mooca.

Do pouco que disse, bem se vê que os nossos Desembargadores, hoje empossados e homenageados, são pessoas preparadas, cultas, mas, acima de tudo, amorosas, dedicadas ao próximo. Sabem, por experiência de vida, que toda dedicação, saber e devotamento só têm sentido quando permeados por amor. Especialmente em época de esgotamento em que vivemos, quando a sociedade agride suas próprias instituições, sem, entretanto, nada a oferecer para substituí-las. Realmente, só o amor aproxima as coisas mais distantes, faz com que se irmanem o antigo e o novo, vence o tempo, fazendo tudo convergir para o próprio centro. Só o amor dá segurança, só o amor tem razão, pelo simples fato de não pretender tê-la.

Acesso ao Sumário

Invocando a proteção de Maria, de quem a Desembargadora Daniela é devota, peço aos céus, Senhores Desembargadores, Jair de Souza, Daniela Maria Cilento Morsello e Marco Fábio Morsello, que continuem sendo castiçais, para que seus jurisdicionados possam vir a ser luz.

Sejam muito bem-vindos. Creiam-me, foi uma grande honra saudá-los, honra a mim concedida pelo Eminente Desembargador Presidente deste Egrégio

Tribunal, Doutor Ricardo Mair Anafe.

Muito, muito obrigado.

DANIELA MARIA CILENTO MORSELLO (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião da sua "Posse Solene e dos Desembargadores Marco Fábio Morsello e Jair de Souza" (Cerimônia realizada em 19.10.2023).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Mair Anafe, Digníssimo Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça, em cuja pessoa peço vênia para cumprimentar todas as autoridades presentes.

Caros amigos e familiares.

Essa tradicional solenidade de posse, no momento culminante da carreira de um Magistrado, me fez refletir sobre minha trajetória, comparando-a a um grande bordado, que foi elaborado durante muitos anos, por várias mãos, inúmeras cores e diferentes tipos de pontos e fios.

A tela desse bordado foi desenhada pela minha família materna MONTICELLI-ROCCHICCIOLI e paterna RICCÔ-CILENTO, por meio de traços firmes de coragem, retidão de caráter e lealdade. Com resiliência e fé singraram oceanos, empreenderam e frutificaram na nova pátria.

Minha mãe Anna chegou ao Brasil com cinco anos de idade, juntamente com seus irmãos e pais, estudou no Colégio Dante Alighieri e se formou na primeira turma da Faculdade de Economia da Universidade Mackenzie, em que havia apenas três mulheres. De coração generoso e sorriso aberto, era o esteio e fortaleza de toda a família.

Meu pai Raphael, por sua vez, após ter perdido precocemente seu genitor, assumiu a administração dos negócios paternos e, posteriormente, formou-se em Direito, seguindo a tradição de gerações anteriores, que na Itália se destacaram na área jurídica, como o renomado Advogado Adolfo Cilento. Ele tinha uma sensibilidade musical única e era profundo conhecedor de óperas, tendo fundado juntamente com minha mãe o "Vídeo Verdi Ópera Clube", que foi um centro de referência em São Paulo, onde se formaram amizades imorredouras, como aquela mantida com seu dileto amigo, Desembargador Sidney Romano dos Reis.

Nesse contexto, com base na preciosa tela desenhada por seus ascendentes, meus saudosos pais Anna e Raphael, a quem sou eternamente grata, teceram um bordado robusto e colorido que me permitiu perseverar na consecução de meus sonhos. Este mesmo privilégio teve minha irmã Valeria, Promotora de

Acesso ao Sumário

Justiça, que muito honra o Ministério Público do Estado de São Paulo. Somos a memória viva de nossos pais.

Após ter estudado por mais de dez anos no Colégio Dante Alighieri, onde fiz vínculos de amizade que ainda mantenho, ingressei na Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Ali passei cinco anos de intensa felicidade, sorvi o conhecimento de grandes mestres, desfrutei de todas as tradições acadêmicas e fui agraciada com estreitas amizades.

Recém-formada, com apenas 23 anos de idade, fui aprovada no Concurso de Ingresso na Magistratura de São Paulo. Confesso que não tinha noção da dimensão das atribuições de um Juiz de Direito, nem do peso da responsabilidade que sentiriam meus jovens ombros. Foi fundamental o apoio que recebi de Magistrados mais antigos e experientes, destacando a figura da Desembargadora Zelia Maria Antunes Alves, a primeira mulher aprovada para o cargo de Juíza Substituta do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Tive o privilégio de judicar durante mais de vinte e cinco anos em Varas de Família e Sucessões da Capital. Na aridez dos processos, tive contato com os mais variados dramas humanos, aprendi a linguagem dos sentimentos e a ouvir a dor. Foram anos de muita realização profissional, certamente os mais felizes de minha carreira.

Também tive a honra de trabalhar nas Assessorias da Corregedoria Geral da Justiça, do Decanato, da Vice-Presidência e da Presidência desta Corte de Justiça. Convivi com Magistrados extremamente vocacionados e devotados ao Poder Judiciário, Desembargadores José Mário Antonio Cardinale, Antonio Luiz Reis Kuntz, José Gaspar Gonzaga Franceschini e Manoel de Queiroz Pereira Calças, que me serviram de modelo e a quem rendo minhas homenagens.

Há exatos 32 anos, 9 meses e 8 dias, Marco Fábio e eu tomamos posse no cargo de Juízes Substitutos e prestamos juramento nesta sala. Hoje retornamos a esta mesma sala para nossa posse solene no cargo de Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo. O momento é de muita emoção e gratidão.

Agradeço meu marido pelo apoio, parceria e cumplicidade, que tornaram menos árdua esta longa caminhada.

Acesso ao Sumário

Agradeço meus filhos Ottavio Augusto, Marco Tullio e Maria Luisa, que nasceram e cresceram entre processos e audiências, pela paciência e compreensão. Vocês são a razão da minha vida!

Agradeço os meus grandes e leais amigos, amealhados ao longo da vida, muitos aqui presentes, por terem multiplicado minhas alegrias e dividido minhas dores. Na data de hoje, um agradecimento especial merece o querido amigo e Orador Themístocles Barbosa Ferreira Neto, que muito me comoveu com suas sensíveis e amorosas palavras, próprias de seu caráter generoso.

Agradeço a Deus e à Virgem Maria por sempre terem iluminado meu caminho e minhas decisões.

Para finalizar, Senhor Presidente, gostaria de deixar registrado meu amor incondicional à Magistratura e meu compromisso de honrá-la até o meu último dia no cargo de Desembargadora.

JAIR DE SOUZA (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da sua "Posse Solene e dos Desembargadores Marco Fábio Morsello e Daniela Maria Cilento Morsello" (Cerimônia realizada em 19.10.2023).

Excelentíssimo Senhor Doutor Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Ricardo Mair Anafe, em nome de quem cumprimento as demais autoridades aqui presentes.

Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Themístocles Barbosa Ferreira Neto que, com muito brilhantismo, oficiou como Orador em nome do Tribunal de Justiça.

Meus colegas, em especial, os do meu concurso. Senhoras e Senhores.

O momento é de realização, de alegria e, principalmente, de gratidão.

Depois de 32 anos exercendo o cargo de Juiz de Direito no maior Tribunal do País, ou melhor, do mundo, devido ao seu imenso movimento processual, chego ao ápice da carreira, ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Desnecessário dizer do orgulho e da imensa satisfação que este momento empresta. Porém, o caminho até aqui percorrido apresentou inúmeros percalços. A começar, pelo próprio concurso de Ingresso na Magistratura paulista.

Ainda nos primeiros anos do Curso de Direito, na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, o objetivo de prestar concurso à Magistratura se fazia presente de forma absoluta. E nas conversas que linha com meu pai, Doutor Jonas, aqui presente, bem como com minha mãe, Dona Zobeida, já falecida, era encorajado, ouvindo deles uma passagem bíblica que diz: este é o caminho, permaneça nele, não desista!

A cada prova malsucedida, a cada obstáculo, a cada momento de fraqueza, a palavra de ânimo era repetida: esse é o caminho, fique firme!

Dessa forma, depois de muitas dificuldades, logrei êxito e fui aprovado no Concurso da Magistratura, tendo tomado posse no dia 11 de janeiro de 1991, neste mesmo lugar que hoje alcanço o cargo de Desembargador.

Mas os desafios não desapareceram, apenas se modificaram. A mudança para o Interior, a saudade da família, a enorme carga de trabalho, às vezes parecendo invencível, tudo isso fazia com que eu não me esquecesse daquele velho

conselho: este é o caminho, ande por ele, não desista!

Assim, Senhor Presidente, pude trilhar minha carreira até aqui, carreira cheia de obstáculos, sim, mas repleta de conquistas e satisfação.

Agradeço a Deus, que sempre norteou meu caminho e me deu condições de exercer dignamente a nobre função de Juiz de Direito.

Agradeço aos meus pais, aqui já mencionados, pela força sempre presente nas horas de desânimo e de abatimento. Ao meu filho Augusto, inspiração da minha vida. À minha noiva, Luciane, pelo apoio e suporte sem limites.

Compartilho essa conquista com meus irmãos, Jander e Jonas Júnior, minhas cunhadas Roseli e Daniele, e sobrinhos Luís, Rafaela, Ana Luísa e Artur.

Com Berenice, mãe do meu filho, que teve papel primordial no início da minha carreira. Com Maria das Graças, esposa do meu pai. Com Antonio e Miriam, pais da Luciane, seus irmãos Marcos e Alan, e Marcelinho, alegria da família.

Não poderia deixar de prestar meus agradecimentos aos meus colegas da 10ª. Câmara de Direito Privado, Desembargadores José Aparício Coelho Prado Neto, Elcio Trujillo, Luiz Antonio Coelho Mendes, Angela Moreno Pacheco de Rezende Lopes, Gilberto Ferreira da Cruz e João Batista de Mello Paula Lima.

Também aos colegas da 5ª Câmara de Direito Privado que me receberam no 2° Grau, Desembargadores James Alberto Siano, João Francisco Moreira Viegas, José Luiz Mônaco da Silva, Erickson Gavazza Marques e o saudoso Antonio Carlos Mathias Coltro.

Tenho de mencionar, igualmente, os valorosos funcionários do meu gabinete, sem os quais a vitória hoje comemorada estaria deveras comprometida; Eliana, Assistente que me acompanha há mais de 17 anos, Bruno, Renan, Adriana, Rosana, Débora, Manuela, Natália e Nicole.

Finalizo minha breve palavra, Senhor Presidente, reiterando o compromisso que assumi há mais de três décadas, qual seja, o de exercer a digna função de Magistrado com responsabilidade, honradez e imparcialidade, procurando zelar pelas causas da Justiça, em defesa dos direitos e dignidade das pessoas.

Peço a Deus que continue me ajudando nessa jornada. Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

MARCO FÁBIO MORSELLO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da sua "Posse Solene e dos Desembargadores Jair de Souza e Daniela Maria Cilento Morsello" (Cerimônia realizada em 19.10.2023).

Excelentíssimo Senhor Doutor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça

do Estado de São Paulo, Digníssimo Desembargador Ricardo Mair Anafe, na pessoa de quem saúdo a todos os presentes.

Neste momento culminante e único em nossas vidas, faz-se mister trazer à baila a realidade do ser e o tempo.

É cediço que, o tempo no tempo, mudou com o tempo, como preconiza Marc Halévy[1]. Por outro lado, como afirmava o saudoso Príncipe dos Poetas, Paulo Bonfim: "rolam as águas do tempo, mas a claridade de certos momentos permanece"[2].

Com efeito, há valores imutáveis, dentre os quais os ideais de Justiça, a ética e o devotamento.

O passado não é descartável, mas o sustentáculo do que somos e seremos e que forma os alicerces das instituições.

No entanto, há o desafio contemporâneo da síndrome do pensamento acelerado e da sociedade espetáculo, que representam à luz do império do efêmero efetivas bolhas de sabão brilhantes. Estas, por seu turno, reverberam uma felicidade paradoxal, como preconiza Gilles Lipovetsky, que em nanosegundos se tornam poeiras cósmicas.

Tudo nos parece intenso, vívido, extenuante, mas fugaz em constante medo líquido da era da incerteza, ínsita a uma sociedade pós-moralista.

No entanto, a constatação empírica da humanidade sempre trouxe simbologia a etapas concluídas, no que os gregos denominavam kairós (momento decisivo na sucessão do tempo)[3][4]

Nesse aspecto, emergem em amplo espectro de civilizações, as predicas aos deuses, a fé e o início de novas missões.

Nesse contexto, além da gratidão, virtude ética que se apresenta lacunosa com fundamento em utilitarismo crescente e competição corrosiva, há outro elemento que reputo fundamental neste sendeiro, diante do crepúsculo do dever e ética indolor que grassam em nossos dias.

Trata-se do exemplo de nossos ancestrais, escudados na retidão de caráter, no respeito ao próximo, na perseverança, devotamento ao dever e disciplina.

Sou filho de um sobrevivente italiano da Segunda Guerra Mundial, que por obra do destino em questão de minutos, pela genial e insubstituível intuição feminina e materna de minha avó, logrou evadir-se de um massacre à população

1 HALÉVY, Marc. A era do conhecimento: princípios e reflexões sobre a noética do século XXI. Tradução de Roberto Leal.
São Paulo: UNESP, 2010.

2 BONFIM, Paulo; MATOS, Miguel (coord.). Migalhas de Paulo Bonfim. São Paulo: Migalhas, 2021, p. 251.

3 Nesse sentido, LEFÉVRE, François. História do mundo grego antigo, Tradução de Rosemary Costhek Abílio. Revisão de Airton Pollini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 71. No mesmo diapasão, FERREIRA, José Roberto. A Grécia antiga: sociedade e política. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 139, nota 19.

4 DWORKIN, Ronald. A raposa e o porco-espinho. Justiça e Valor. Tradução de Marcello Brandão Cipolla. 2ª. tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

de Roma, conhecido como Fosse Ardeatine.

Vinte minutos mais, e eu não estaria aqui hoje. Perseverou, e na trilha oceânica que singrou, fomentou o mundo da aviação no Brasil, e que hoje se encontra aqui representada pelo Excelentíssimo Brigadeiro Adyr da Silva.

Em São Paulo, meu saudoso pai conheceu minha mãe, Wally, que por razões de saúde não pôde estar presente, mas que sempre conjugou a disciplina com a arte de amar e solidariedade agregativa, sentimentos que levo eternamente para o porvir.

E neste longo, desafiador e apaixonante percurso diário que se impõe ao mister do Juiz - dever-ser pedagogo de valores fundamentais e protagonista do justo concreto - as amizades foram o sustentáculo do meu ser.

Filho único biológico, mas irmanado com tantos vínculos socioafetivos, vislumbro nesta seleta audiência e primoroso público, uma máxi família, cujo amálgama é o afeto, um dentre os mais nobres sentimentos humanos.

E este afeto e amizade iniciados em 11 de janeiro de 1991, porquanto aprovados no mesmo concurso (160°), em verdadeira homenagem a arte de amar, permitiram-me conhecer minha esposa, Daniela, florescendo posteriormente em momentos únicos, nos nascimentos de nossos três amados filhos, Ottavio Augusto, Marco Tullio e Maria Luisa, dádivas e razões de nossas vidas.

E neste mesmo iter temporal de praticamente trinta e três anos de carreira, desejo externar gratidão diuturna por conhecer e seguir paradigmas, iniciando pelo nosso estimado padrinho, amigo e Orador, Desembargador Themístocles Barbosa Ferreira Neto.

No prelúdio de minha carreira, em um domingo nublado, superada a Serra do Japi, eis que se dissipam as nuvens e o brilho do Sol impinge uma simbologia. A "Cidade Azul" (Rio Claro), onde conheci aquele que foi e é uma estrela guia. Preparo intelectual, comedimento sem espetacularização e devotamento. E com convivências tão profícuas, sobretudo de retidão de caráter de servidores e usos e costumes nos quais a palavra dada tem uma densidade fundamental. Desse modo, com afeto imorredouro, eis que o paulistano se tornou paulista.

Posteriormente, retornando a São Paulo, por razões profissionais e sentimentais, continuei a vivificar novas experiências e exemplos edificantes para o meu devir, na medida em que, na feliz expressão de Dworkin[5], pessoas que sabem transmitir valores são como diamantes em imensa poeira cósmica.

De fato, as amizades são como bálsamos para a alma. Nesse contexto, Menandro, comediógrafo grego, afirmava que: "para o corpo doente é necessário o médico, para a alma, o amigo. A palavra afetuosa sabe curar a dor."[6]

E assim, toda vez em que na sociedade do cansaço, sobejam as lamúrias

Acesso ao Sumário

5 DWORKIN, Ronald. A raposa e o porco-espinho. Justiça e Valor. Tradução de Marcello Brandão Cipolla. 2ª. tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

6 BARELLI, Ettore; PENNACCHIETTI, Sergio. Dicionário das citações. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

cotidianas, ao mirar exemplos de colegas e amigos, continuo a caminhada, catalisada por estes exemplos de superação permanente.

Estes paradigmas de devotamento desinteressado e idealista são o esteio deste Sodalício, que perpassa gerações como a solidez destes materiais de madeira de lei.

Laerte José de Castro Sampaio, Jarbas Coimbra Mazzoni, Antonio Carlos Munhoz Soares, Maurício de Carvalho Vidigal, Carlos Eduardo de Carvalho, Manoel de Queiroz Pereira Calças, todos com um devotamento único ao trabalho sem limite de horas e dias, pelo notável ideal de Justiça. Incansáveis no cumprimento de metas e idealistas no implemento de seu mister. E, muito embora com estilos pessoais, ínsitos à personalidade de cada qual, sempre seguiram a viga mestra da ética que norteia este Tribunal.

Todos são paradigmas para o meu porvir e que propiciaram convivência diuturna com amigas e amigos coetâneos de modo fraternal na busca dos mesmos ideais e em sinergia única, de modo a originar um todo que permitiu o cumprimento de missões que em partes estanques jamais lograríamos cumprir.

E com gáudio inconcusso noticio que as novas gerações de Magistrados seguem a mesma linha idealista e devotada à superação de limites, em notável círculo virtuoso, sem o qual nesta pletora processual avassaladora que nos transforma em maratonistas mensais, em conjunto com as valorosas equipes de assistentes, não chegaríamos à linha de chegada. E, nomeadamente, jamais lograríamos reiniciar de imediato um novo ciclo. Quiçá futuramente tenhamos pausas como os maratonistas e que não nos impinjam um esforço de Sísifo, que por ora se desvela.

Isto sem contar a energia dispendida na busca do justo concreto, da solução mais consentânea com a doutrina e jurisprudência mais atuais e estudos incessantes.

E neste aspecto, louvo os juristas advogados e docentes, que sempre foram o input de nossos constantes estudos, propiciando a chama vocacional da docência, em nossa a/ma mater das Arcadas, que representam um modo de ser, viver, sonhar e sempre retornar com otimismo, perseverança, fé, companheirismo, solidariedade, apoio, afeto e resiliência.

Com efeito, da mesma forma que a tocha do MMDC, e tantos outros que deram a vida por ideais, em nossa longa trajetória histórica, as Arcadas, como este Egrégio Sodalício, em vasos comunicantes dinamizam os baluartes da ética, da meritocracia e o devotamento constante aos estudos e aperfeiçoamento pessoal, e que aqui se encontra representada por nossos estimados colegas, que além do devotamento ínsito aos estudos como notáveis juristas, se preocupam com o aprendizado dos alunos, que transcende o aspecto técnico, com o fito de formar cidadãos completos.

Nesse contexto, louvo os idealistas e o devotamento dos profissionais

Acesso ao Sumário

da carreira, com ênfase às Juízas, com sua superação e papel simultâneo de brilhantes profissionais, mães, esposas e filhas exemplares. Devotamento que é um exemplo, sobretudo na era em que muito se propaga amplo mosaico de direitos, olvidando-se que sua implementação ou simples discussão impõem ao magistrado e professor uma pletora de deveres.

E o mesmo se diga no percurso da vida, em situação paradigmática, que aqui em justa homenagem póstuma me permito desvelar com vívida emoção. Há alguns meses, eu e o ora saudoso Desembargador Antonio Carlos Mathias Coltro, com quem desde os tempos de Serviço Psicossocial mantinha vínculos de amizade, conversávamos ao telefone, combinando um futuro café. Nelson Rosenvald, outro admirador do Desembargador Coltro, me incumbiu da entrega de seu livro e o fiz com prazer, preocupado com a questão patológica que sentia agravar-se. E eis que em vinte e quatro horas, não só recebo os agradecimentos, como também uma cópia com voto e ementa, já citando a obra com fichamento e referências expressas. E eu estava apenas na abertura da obra. Uma semana após, nosso dileto amigo passou a mirar a face de Deus, mas deixou um legado inolvidável de dedicação, preparo e virtude ética que jamais olvidarei.

Do mesmo modo, o acolhimento fraternal na 11ª Câmara de Direito Privado em quatro anos e meio de exercício. E na 12ª Câmara, da mesma forma fidalga e amistosa, um experiente Desembargador demonstrando o sentimento cotidiano que nos invade em situações trágicas, me emocionou ao verter lágrimas em acidente fatal com uma criança. Demonstrou aquilo que somos e temos. Malgrado a técnica e compostura do cargo, sentimos e somos empáticos.

E o desafio nesta sociedade do cansaço[7], tão bem delineada por Byung-Chul Han, na qual substituímos a sociedade da obediência pelo desempenho a níveis patológicos, somente superaremos os obstáculos quando entendermos que o avanço tecnológico utilitarista não poderá jamais transformar o Homo Sapiens em Homo Deus, na feliz acepção de Harari.[8]

Nesse contexto, sobretudo à luz do desafio da pandemia do coronavírus, verdadeiro fato social total, impõe-se uma solidariedade agregativa e o escopo do bem comum, em efetiva revolução noética, sendo a reconstrução da confiança e ética os novos paradigmas.[9]

Amartya Sen já preconizava[10], no mesmo sentido de Harari[11], que a solidariedade é um imperativo global de reconstrução do cimento social, sob pena

Acesso ao Sumário

7 HAN, Byung-Chul. Sociedade do cansaço. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª. ed. ampl. Petrópolis: Vozes, 2023.

8 HARARI, Yuval Noah. Homo Deus: uma breve história do amanhã. Tradução de Paulo Geiger. 13. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 55.

9 GREGO, Tommaso. La legge dei/a fiducia. Alie radiei dei diritto. Bari-Roma: Laterza, 2021.

10 SEN, Amartya, A ideia de justiça. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Donitelli Mendes, São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 390-399. No mesmo sentido, SANDEL, Michael. Justiça- o que é fazer a coisa certa? 33ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2020.

11 HARARI, Yuval Noah. 21 lecciones para el sigla XXI. Tradução de Joandomenec Ros. 4. ed. Santiago: Debate, dez. 2018.

de que sejamos fagocitados por um individualismo corrosivo, crepúsculo do dever e ética indolor.

E, neste contexto, emerge a figura do Juiz, como pedagogo de valores fundamentais e que se submete ao desafio cotidiano de ser protagonista do justo concreto, sem espetacularização.

Por tais razões, de modo inconcusso, os Juízes são os arautos da esperança ética.

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido por ocasião do encerramento da "Posse Solene dos Desembargadores Marco Fábio Morsello, Jair de Souza e Daniela Maria Cilento Morsello" (Cerimônia realizada em 19.10.2023).

De antemão, cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Guilherme Gonçalves Strenger, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça;

Sua Excelência, o Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Corregedor-Geral da Justiça;

Sua Excelência, o Desembargador Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo;

Sua Excelência, o Desembargador Themístocles Barbosa Ferreira Neto, Orador em nome do Tribunal de Justiça, que muito honrou esse Tribunal em seu discurso fabuloso, brilhante. Realmente não há mais nada a dizer depois de Vossa Excelência.

Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Artur Cesar Beretta da Silveira, Presidente da Seção de Direito Privado; Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Wanderley José Federighi, Presidente da Seção de Direito Público;

E, nesse momento, justificar a ausência de Sua Excelência, o Desembargador Francisco José Galvão Bruno, Presidente da Seção de Direito Criminal, que não pôde comparecer por força de enfermidade familiar, essa é a razão pela qual Sua Excelência hoje aqui não está;

Cumprimentar Sua Excelência, o juiz Orlando Eduardo Geraldi, presidente do Tribunal de Justiça Militar;

Cumprimentar Sua Excelência, Doutor Vidal Serrano Nunes Júnior, Subprocurador-Geral de Políticas Cíveis e de Tutela Coletiva, representando o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo;

Cumprimentar Sua Excelência, Doutora Janine Gomes Berger de Oliveira Macatrão, Procuradora do Estado, Assessora da Subprocuradora-Geral do

Acesso ao Sumário

Contencioso Tributário Fiscal, representando a Procuradora-Geral;

Cumprimentar Sua Excelência, a Doutora Luciana Jordão da Moita de Carvalho, Defensora Pública, Coordenadora Auxiliar do Núcleo Especializado de Segunda Instância e Tribunais Superiores, representando o Defensor Público-Geral;

Cumprimentar os Ex-Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, Paulo Dimas Debellis Mascaretti e Geraldo Francisco Pinheiro Franco;

Cumprimentar o Ex-Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e Corregedor-Geral da Justiça, Antonio Carlos Munhoz Soares; Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Luis Soares de Mello, ex-vice-presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo;

Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Maurício da Costa Carvalho Vidigal, Ex-Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo;

Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Silmar Fernandes, Vice-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral e Corregedor do mesmo Tribunal;

Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador José Maria Câmara Júnior, Diretor da Escola Paulista da Magistratura; Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Heraldo de Oliveira Silva, presidente da Academia Paulista de Magistrados;

Cumprimentar Sua Excelência, a Desembargadora Ligia Cristina de Araújo Bisogni, Ouvidora do Tribunal de Justiça e Ouvidora Auxiliar da Mulher, da Região Sudeste, do Conselho Nacional de Justiça;

Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Gilson Delgado Miranda, Vice-Diretor da Escola Paulista da Magistratura;

Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Afonso de Barros Faro Júnior, Ouvidor substituto do Tribunal de Justiça e Coordenador do Depre do Tribunal de Justiça;

Cumprimentar Sua Excelência, o Juiz Ademir Modesto de Souza, Substituto em Segundo Grau e Diretor da Associação Paulista de Magistrados, representando sua Presidente;

Cumprimentar o Doutor Alexandre Luis Mendonça Rollo, Conselheiro Seccional dos Advogados do Brasil, representando a sua Presidente;

Cumprimentar o Coronel PM Miguel Elias Daffara, Chefe da Assessoria Policial Militar, representando o Comandante-Geral; Cumprimentar o Doutor Tiago Antonio Salvador, Delegado de Polícia, Chefe da Assessoria Policial Civil do Tribunal, representando o Delegado-Geral;

Demais Autoridades presentes, Desembargadores, Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Autoridades Civis e Militares, familiares, amigos dos empossados, minhas Senhoras e meus Senhores;

Sem sombra de dúvida, essa sessão está sendo extremamente prestigiada. Acho que nunca tive um rol de protocolo tão grande para ser lido, com Eminen-

Acesso ao Sumário

tes Autoridades, Ex-Presidentes, Ex-Corregedores, Ex-Vice-Presidentes, todos os demais aqui presentes, tantos Desembargadores da Seção de Direito Privado, de Direito Público, de Direito Criminal, aqui presentes, familiares, amigos.

E nós fomos brindados, na realidade, com maravilhosos discursos. O primeiro deles do meu caríssimo amigo, Orador pelo Tribunal, caríssimo Doutor Desembargador Themístocles; e de cada um dos oradores foram discursos brilhantes, de uma retórica impossível de se alcançar no que diz respeito a esse Presidente, esse que vos fala. Mas uma coisa me parece que é comum a todos, as virtudes foram decantadas pelo Desembargador Themístocles e cada um apontou, de alguma forma, a sua carreira e a sua vida. E há dois pontos comuns, que realmente me deixou muito contente: o primeiro deles, como sempre digo, não há maior virtude que a gratidão - e os três discursos revelaram uma imensa gratidão. A gratidão é a principal das virtudes. Sem ela nós não conseguimos amar e o amar é uma constante na vida dos três empossados. Esses três empossados, Juízes de carreira, de imensa dedicação ao Poder Judiciário, de um comprometimento ímpar com a instituição, conhecidos por seu conhecimento, seu trabalho e seu comprometimento.

É uma honra para o Tribunal de Justiça dar posse a três novos Desembargadores, que honram as togas que vestem, vão honrar para sempre essas togas e o compromisso; aquele mesmo que fizemos como Juízes Substitutos, repetimos como Desembargadores. Não é um compromisso de dois dias, é um compromisso de toda uma vida. E é isso que Vossas Excelências demonstram pela sua conduta, pelas suas decisões e pelo cotidiano de cada um.

O Tribunal, pois, é quem deve agradecer por permanecerem na carreira, chegarem ao cargo de Desembargador e honrarem as cores do Tribunal de Justiça de São Paulo. É, sim, o maior Tribunal do mundo pelo número de processos, mas é um Tribunal de uma grandeza que poucos podem ostentar, em razão dos seus Desembargadores, Juízes e seus Servidores.

Estão todos de parabéns. Com isso, declaro encerrada essa solenidade de posse dos nossos nobilíssimos Desembargadores.

Acesso ao Sumário