REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 61 – ANO 11

JANEIRO E FEVEREIRO DE 2024

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

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

Desembargador RICARDO HENRY MARQUES DIP (Supervisor da Biblioteca
Desembargador RICARDO SANTOS FEITOSA
Desembargador ANTONIO MÁRIO DE CASTRO FIGLIOLIA
Desembargador FERNANDO LUIZ SASTRE REDONDO
Desembargador LUIZ FERNANDO VAGGIONE
Desembargador ALEXANDRE CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA

SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

1- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Agravos de Instrumento 21

b) Apelações 81

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 313

b) Apelações 321

c) Conflitos de Competência 433

d) Embargos de Declaração 437

e) Mandados de Injunção 439

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 444

b) Apelações 452

c) *Habeas Corpus* 556

d) Mandados de Segurança 566

e) Recursos em Sentido Estrito 570

f) Revisões Criminais 585

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Civis Públicas 608

b) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 617

c) Agravos Internos 660

d) Conflitos de Competência 673

e) *Habeas Corpus* 698

f) Mandados de Segurança 712

4- Jurisprudência da Câmara Especial

a) Agravos de Instrumento 744

b) Apelações 750

c) Conflitos de Competência 773

d) Conflitos de Jurisdição 793

e) *Habeas Corpus* 797

5- Câmara Especial de Presidentes 802

6- Conselho Superior da Magistratura 831

7- Noticiário 844

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 XI, n. 61, jan./fev. 2024 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2024.

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 FERNANDO Antonio TORRES GARCIA

Vice-Presidente
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

ÓRGÃO ESPECIAL

FERNANDO Antonio TORRES GARCIA
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
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
Artur César BERETTA DA SILVEIRA
FRANCISCO Eduardo LOUREIRO

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA

Vice-Presidente
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

CÂMARA ESPECIAL

(sala 511 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO
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 FERNANDO Antonio TORRES GARCIA (Presidente)
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA (Vice-Presidente)
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva (Presidente da Seção de Direito Privado)
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO (Presidente da Seção de Direito Público)
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente da Seção de Direito Criminal)

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

1ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY
Desembargador RUI CASCALDI***
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
Desembargador CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY
Desembargador ALEXANDRE Augusto Pinto Moreira MARCONDES
Desembargador DURVAL AUGUSTO REZENDE FILHO**
Desembargador ENÉAS COSTA GARCIA**

2ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES
Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS***
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Desembargador Luiz Beethoven GIFFONI FERREIRA
Desembargadora Ana Paula CORRÊA PATIÑO
Desembargadora HERTHA HELENA ROLLEMBERG PADILHA DE OLIVEIRA**
Desembargador FERNANDO FLORIDO MARCONDES**

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
Desembargadora JANE FRANCO MARTINS**
Desembargador WILSON LISBOA RIBEIRO**
Desembargador VALENTINO APARECIDO DE ANDRADE**

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

Desembargador ELCIO TRUJILLO
Desembargador Luiz Antonio COELHO MENDES
Desembargador JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO
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 — 8:30 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 JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA**
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 MARCOS MARRONE***
Desembargadora LÍGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**
Desembargador JORGE TOSTA**
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***
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**

28ª Câmara de Direito Privado (salas 621/623 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA***
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargador JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES
Desembargador JOSE AUGUSTO GENOFRE MARTINS**
Desembargador GUILHERME FERREIRA DA CRUZ**
Desembargador MICHEL CHAKUR FARAH**
Desembargadora CELINA DIETRICH E TRIGUEIROS TEIXEIRA PINTO**

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 PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador ANTONIO RIGOLIN***
Desembargador ADILSON DE ARAUJO
Desembargador Luís FERNANDO NISHI
Desembargador ROSÂNGELA Maria TELLES
Desembargador JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS**

32ª Câmara de Direito Privado (sala 612 — 5ª feira — 09:30 horas — PJ)

Desembargador josé Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador Alberto de Oliveira ANDRADE NETO***
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 João Carlos SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA
Desembargadora ANA LÚCIA ROMANHOLE MARTUCCI
Desembargadora CARMEN LÚCIA DA SILVA
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 PEDRO Yukio KODAMA
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH
Desembargador JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO
Desembargador AFONSO CELSO DA SILVA***
Desembargadora MARIA SALETE CORRÊA DIAS**

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 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

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 601)

10ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 2ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO CARLOS VILLEN
Desembargador ANTÔNIO CELSO AGUILAR CORTEZ
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargadora TERESA Cristina Motta RAMOS MARQUES***
Desembargador PAULO Sérgio Brant de Carvalho GALIZIA
Desembargador MARCO ANTONIO MARTIN VARGAS**
Desembargador JOSÉ EDUARDO MARCONDES MACHADO**

11ª Câmara de Direito Público (sala 511 — 3ª feira — 10:30 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 RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO***
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior***
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO
Desembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN
Desembargadora TANIA MARIA AHUALLI**

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 — QUINTA-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 — QUINTA-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 — 3ª feira — 13:00 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 2139715-23.2023.8.26.0000, da Comarca de Sertãozinho, em que é agravante FÁBIO JOSÉ DA PIEDADE, é agravado VEKTOR SISTEMAS DE CONTROLE LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19629)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), JORGE TOSTA e GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 11 de dezembro de 2023.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Cumprimento de sentença - Ação declaratória de sociedade de fato c.c. dissolução de sociedade comercial com apuração de haveres e indenização por danos morais - Pretensão de inclusão no polo passivo de sócios de sociedade limitada - Possibilidade - Distrato social em que constou que a sociedade em dissolução não possui ativo ou passivo, porém há débitos pendentes de liquidação constituídos anteriormente ao seu encerramento - Inexistência de personalidade a ser desconsiderada, pois a extinção da sociedade equivale "à morte da pessoa natural" (CPC, art. 110) - Sucessão processual configurada, porque o ato de encerramento da sociedade se dera em violação à disposição legal (CC, arts. 51, 1.033 e segs.) - Decisão recorrida reformada - Precedentes - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em "*cumprimento de sentença*" tirado de "*ação declaratória de sociedade de fato*

c.c. dissolução de sociedade comercial com apuração de haveres e indenização por danos morais", indeferiu o pedido de inclusão dos sócios da sociedade executada no polo passivo.

Recorre o exequente a sustentar, em síntese, que "*informou ao juízo que a empresa agravada havia sido dissolvida por seus sócios, Srs. Francisco Cesar Pignata e Cleide Antonia da Silva, sem o devido pagamento das dívidas, requerendo, assim, a aplicação dos arts. 110, do CPC, e 1.080, do Código Civil, com a sua inclusão no polo passivo da execução*"; que "*requereu a inclusão dos sócios no polo passivo por meio da SUCESSÃO PROCESSUAL, com a aplicação analógica do art. 110 do CPC e não pela desconsideração*"; que "*a empresa VEKTOR foi extinta por seus sócios em 20/11/2020, por meio de distrato registrado na Jucesp (documento anexo). À época, o débito exequendo já estava constituído, considerando a sentença de procedência em 13/03/2018, confirmada por acórdão na apelação n° 0002331-90.2012.8.26.0597, com trânsito em julgado em 25/03/2019*"; que "*os sócios, contudo, ardilosamente ignoraram a existência da dívida, declarando, no ato deliberatório do distrato, que não havia ativo ou passivo a liquidar*"; que "*os sócios inobservaram o procedimento legal para liquidação voluntária da empresa agravada, nos termos do art. 1.102 e seguintes do Código Civil. A empresa foi encerrada à revelia de seus credores, em virtude da falsa declaração*"; que "*restou atraída a incidência do art. 1080 do Código Civil, que dispõe ser ILIMITADA A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO quando praticadas deliberações infringentes do contrato social e da lei, como no caso presente, diante do manifesto intuito de fraudar o exequente";* que *"a inclusão dos sócios na execução NÃO PODE SER FEITA ATRAVÉS DE IDPJ, pois, com a liquidação da sociedade empresária, NÃO HÁ PERSONALIDADE JURÍDICA A SER DESCONSIDERADA*"; que "*o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 13ª Câmara de Direito Privado, manifestou-se favoravelmente à inclusão dos sócios na execução contra a Vektor Sistemas De Controle Ltda, sem necessidade de instauração de incidente de desconsideração de personalidade jurídica*". Pugna pela concessão da gratuidade processual, da tutela recursal e, ao final, pelo provimento do recurso.

Recurso processado sem tutela recursal (fls. 23/26).

Noticiado o deferimento da gratuidade processual (fls. 256 dos autos originários).

Contraminuta (fls. 54/56).

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A r. decisão recorrida, proferida pela Dra. Daniele Regina de Souza Duarte, MMª Juíza de Direito da 1ª Vara Cível do Foro de Sertãozinho, assim se enuncia:

Vistos.

Acesso ao Sumário

Fls.240/246: indefiro, haja vista que o pedido deve ser objeto de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

No entanto, observo que inócua, por ora, a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica em apenso, como determina a nova sistemática processual, visto que notadamente fadada ao insucesso, já que, não há prova cabal de esgotamento patrimonial da executada.

Se assim, manifeste a parte exequente em prosseguimento, em termos de constrição de bens em nome da executada para a satisfação integral do crédito exequendo; no silêncio, aguarde-se no arquivo, por ulterior provocação da parte interessada, observando-se que, conforme artigo 177, do Capítulo III, das Normas de Serviços da Corregedoria Geral, após o decurso do prazo sem manifestação, o processo deverá permanecer em cartório por 30 (trinta) dias.

Int. (fls. 251 dos autos de origem).

O recurso prospera.

Extrai-se dos autos originários que o exequente deu início, em novembro de 2019, à execução do crédito de R$ 265.827,65, tirado dos autos da ação declaratória de sociedade de fato c.c. dissolução de sociedade comercial com apuração de haveres e indenização por danos morais.

Intimada, a executada não realizou o pagamento voluntário do débito.

Houve pedido de penhora de valores junto ao Bacenjud (fls. 152/153), porém infrutífero (fls. 163).

Foram requeridas diligências junto ao Renajud e ARISP, tendo sido constatada apenas a existência de três veículos, sendo que eles não foram localizados, conforme certificado pelo Oficial de Justiça, em novembro de 2020 (fls. 203).

Em razão de novas e infrutíferas diligências, visando a localização de bens da executada passíveis de penhora, foi requerida a inclusão dos sócios da executada no polo passivo, porque eles, em 20 de novembro de 2020, distrataram a sociedade Vektor Sistemas de Controle Ltda., constando da cláusula segunda do instrumento correspondente que "*A sociedade ora extinta, não deixa Ativo e Passivo a liquidar.*"

O D. Juízo de origem indeferiu o requerido pelo exequente, "h*aja vista que o pedido deve ser objeto de incidente de desconsideração da personalidade jurídica. No entanto, observo que inócua, por ora, a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica em apenso, como determina a nova sistemática processual, visto que notadamente fadada ao insucesso, já que, não há prova cabal de esgotamento patrimonial da executada*."

A questão controvertida em tudo se assemelha ao que fora decidido no agravo de instrumento nº 2010035-19.2022.8.26.0000, tendo como partes a aqui

Acesso ao Sumário

agravada Vektor Sistemas de Controle Ltda. e o Banco Bradesco S/A., por acórdão da C. 13ª Câmara de Direito Privado, relatado pelo eminente Desembargador Cauduro Padin e assim ementado:

Ação de cobrança em fase de cumprimento de sentença. O caso não é de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, pois já houve baixa e encerramento via distrato social, consignado que não havia ativo e passivo a liquidar. Houve, assim, a "morte" da pessoa jurídica, aplicando-se o disposto no art. 110, do CPC por analogia à morte da pessoa natural. Quando do distrato, os sócios já estavam cientes da existência da dívida exequenda, tanto que o título executivo judicial foi constituído antes do encerramento. Sendo totalmente inverídica a informação de que não havia passivo a liquidar; omissão dolosa. A extinção da sociedade se deu por deliberação dos sócios em afronta à lei, configurado ato ilícito, a autorizar a sucessão processual dos sócios, de forma pessoal e ilimitada, pelo débito exequendo (art. 1.080, CC). Decisão reformada. Recurso provido para determinar a inclusão dos sócios no polo passivo, nos termos da fundamentação.

Transcreve-se aqui, por oportuno e necessário, os fundamentos insertos nesse acórdão, os quais são aqui adotados como razão de decidir:

O distrato social ocorreu em 20/11/2020, registrado na JUCESP em junho de 2021. A situação cadastral da empresa executada é "baixada" desde 16/06/2021, motivo "extinção p/ enc liq voluntaria", fls. 112/117, da origem.

Segundo o distrato, a sociedade extinta não deixa ativo e passivo a liquidar (cláusula 2ª) e, em razão do encerramento, coube a cada sócio, como saldo de seus haveres, a importância de R$ 15.000,00 para cada um, perfazendo o capital social de R$ 30.000,00 (cláusula 1ª).

Respeitado o entendimento do juízo a quo, o caso não é de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, pois já houve baixa e encerramento via distrato social, consignado que não havia ativo e passivo a liquidar. Houve, assim, a "morte" da pessoa jurídica, aplicando-se o disposto no art. 110, do CPC por analogia à morte da pessoa natural.

Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de cobrança, em fase de cumprimento de sentença, fundada em contrato bancário - Decisão que indeferiu a sucessão processual da empresa executada pelos sócios e remeteu a exequente à instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica - **Hipótese de extinção da pessoa jurídica - Inclusão dos sócios no polo passivo da ação, por sucessão processual do art. 110 do CPC** - Recurso provido a fim de deferir o pedido de substituição da empresa executada por seus sócios." *(TJ/SP; Agravo de Instrumento 2062946-08.2022.8.26.0000; Relator(a): Mendes Pereira; Órgão Julga-*

Acesso ao Sumário

dor: 15ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 22/06/2022).
Agravo de instrumento - Decisão que indeferiu pedido de inclusão direta do sócio no polo passivo - **Empresa devedora dissolvida perante a Junta Comercial - Inexistência de personalidade a ser desconsiderada - Extinção da empresa equivalente à morte da pessoa natural - Exegese do Artigo 110, do Código de Processo Civil - Inclusão do titular da empresa devedora por sucessão empresarial que se impõe** - Decisão reformada Recurso provido." *(TJ/SP; Agravo de Instrumento 2031261-80.2022.8.26.0000; Relator (a): Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 29/06/2022)*.
SUCESSÃO PROCESSUAL - Cumprimento de sentença proferida em ação de cobrança - Dissolução da empresa executada após a constituição do débito - Decisão que indeferiu pedido de inclusão da sócia da empresa no polo passivo - Condicionou o pedido à instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica - Inviabilidade - Empresa dissolvida e extinta regularmente - Ausência de personalidade jurídica a ser desconsiderada - Sucessão processual configurada, sendo desnecessária a instauração de incidente: - **Na hipótese de a empresa executada encerrar suas atividades, mediante baixa de seu registro na Junta Comercial, a inclusão dos sócios no polo passivo da execução ocorrerá por sucessão processual, independente da instauração de incidente, visto não mais existir personalidade jurídica para ser desconsiderada. RECURSO PROVIDO**" *(TJ/SP; Agravo de Instrumento 2195287-32.2021.8.26.0000; Relator (a): Nelson Jorge Júnior; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 18/01/2022)*.
Haveria, em princípio, a sucessão processual pelos sócios que, integralizado o capital social, teriam responsabilidade limitada ao patrimônio líquido positivo eventualmente partilhado, transmitido (art. 1.110, CC).
Todavia, a situação em apreço é diversa, vez que quando do distrato, os sócios já estavam cientes da existência da dívida exequenda, tanto que o título executivo judicial foi constituído antes do encerramento. Sendo totalmente inverídica a informação de que não havia passivo a liquidar; omissão dolosa.
Neste cenário, evidente o descumprimento das disposições legais relativas ao procedimento de liquidação da sociedade (art. 1.102 e seguintes, CC), pois ela foi dissolvida sem promover o pagamento de seus débitos e sem resguardar patrimônio suficiente para garanti-lo de modo que os sócios passam a ter responsabilidade ilimitada, nos termos do art. 1.080, do CC (As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram), *não lhes aproveitando a personalidade jurídica distinta da sociedade nem a limitação ao capital social.*

Acesso ao Sumário

Em outras palavras, a extinção da sociedade se deu por deliberação dos sócios em afronta à lei, configurado ato ilícito, a autorizar a sucessão processual dos sócios, de forma pessoal e ilimitada, pelo débito exequendo.

Sobre o assunto, a jurisprudência:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - ENCERRAMENTO DA PESSOA JURÍDICA APÓS A CITAÇÃO NA DEMANDA - **DISTRATO SOCIAL PROMOVIDO SEM O PAGAMENTO DAS DÍVIDAS E COM A INVERÍDICA INFORMAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PASSIVO SUCESSÃO PROCESSUAL PELO ÚNICO SÓCIO - CABIMENTO - INADIMPLEMENTO CONFIGURADOR DE ATO ILÍCITO - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.080 DO CÓDIGO CIVIL E ART. 110 DO CPC - RESPONSABILIDADE PESSOAL E ILIMITADA DO SÓCIO RECONHECIDA** - RECURSO PROVIDO" *(TJ/SP; Agravo de Instrumento 2088951-67.2022.8.26.0000; Relator (a): Edgard Rosa; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 21/07/2022)*.

"CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Ação monitória - Deferimento do pedido de sucessão processual (art. 110 do CPC) da empresa executada pelos sócios da sociedade empresária extinta por distrato social, porém limitada ao valor por eles recebido com a partilha na liquidação da empresa, nos termos do art. 1.110 do Código Civil - **Encerramento por liquidação voluntária, com resultado positivo apurado em favor dos sócios da sociedade empresária extinta, após o ajuizamento da ação monitória e sem pagamento dos títulos executivos que instruíram o pedido injuntivo - Inadimplemento configurador de ato ilícito - Deliberação de extinção da empresa contrária a disposição legal Incidência do art. 1.080 do Código Civil e art. 110 do CPC - Sucessão processual e inclusão no polo passivo ordenadas - Responsabilidade pessoal, direta, solidária e ilimitada dos sócios da sociedade empresária extinta reconhecida** - Recurso provido Maioria de votos." *(TJ/SP; Agravo de Instrumento 2121726-72.2021.8.26.0000; Relator (a): Correia Lima; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 29/03/2022)*.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - REJEIÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA -Encerramento voluntário da empresa, sem a realização do passivo, que permite a sucessão processual pela sócia - **Deliberação tomada em assembleia, de dissolução da sociedade sem pagamento das dívidas, que nos termos do art. 1.080 do CC, torna ilimitada a responsabilidade do sócio** - Precedentes - Sócia que deve ser incluída no polo passivo do cumprimento de sentença RECURSO PROVIDO." *(TJ/SP; Agravo de Instrumento 2246850-02.2020.8.26.0000; Relator (a): Angela Lopes; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 04/02/2022)*.

"Ação de execução. Confissão de dívida. Agravo contra decisão que

Acesso ao Sumário

deferiu a sucessão processual da empresa pelo sócio, porém, com limitação de sua responsabilidade. **Dissolução da empresa devedora**. Mero registro de distrato na JUCESP. **Hipótese em que na há notícia de liquidação da sociedade, nos termos dos artigos 1.102 e ss., do Código Civil. Responsabilidade ilimitada, por exegese dos artigos 1.023, 1.024 e 1.080, do estatuto civilista**. Reforma da decisão combatida. Recurso provido" *(TJ/SP; Agravo de Instrumento 2050492-64.2020.8.26.0000; Relator (a): Cauduro Padin; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 15/05/2020).*

Ante o exposto, o meu voto dá provimento ao recurso para determinar a inclusão dos sócios no polo passivo, nos termos da fundamentação.

Diante do quanto extraído dos autos originários, tem-se que a sociedade Vector Sistemas de Controle Ltda. encerrou suas atividades irregularmente, a prescindir da dissolução, da liquidação e da extinção correspondentes e necessárias (CC, arts. 51 e 1.033 e ss.), notadamente o pagamento do crédito do exequente constituído anteriormente ao seu encerramento.

Disso resulta a responsabilização ilimitada e solidária dos sócios que integram a sociedade, porque a deliberação de encerramento dela se dera com infringência de disposição legal.

A r. decisão recorrida, portanto, não subsiste, sendo de rigor a inclusão dos sócios da sociedade executada no polo passivo da ação.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2304011-62.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA., é agravada AMANDA NUNES ANTUNES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.609)**

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2023.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA - Fornecimento de informações

Acesso ao Sumário

- Possibilidade - Legitimidade passiva - Ré Facebook do Brasil que, na qualidade de prestadora de serviços, pertence ao mesmo grupo econômico de empresa sediada no exterior, a qual exerce o controle do aplicativo WhatsApp - Informações que devem ser fornecidas ao consumidor, vítima de fraudes praticadas por terceiros - Fornecimento apenas dos dados efetivamente disponíveis - Negado provimento.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por **FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA**., na ação de obrigação de fazer que lhe move **AMANDA NUNES ANTUNES**, objetivando a reforma da decisão proferida pela MMª. Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, Dra. Ana Laura Correa Rodrigues, que deferiu parcialmente o pedido de tutela de urgência para determinar à ré que forneça "*dados de qualificação disponíveis em seus assentamentos, relacionados ao terminal número: +55 11 987**-**65, descrito integralmente na inicial, relacionados: número(s) de identificação IMEI do(s) aparelho(s) utilizado(s) para cadastro e utilização da referida conta, além, dos registros de acesso (tais como endereços de IP de origem, com datas, horários e respectivos fusos horários), apenas, do dia 18/09/2023, no prazo de 10 dias, a contar da data da intimação*" (fls. 33).

Sustenta ser parte ilegítima para responder por fatos relacionados ao uso do aplicativo *WhatsApp*, bem como que as informações solicitadas devem ser fornecidas pela operadora de celular do terminal telefônico indicado.

Negado o pedido de atribuição de efeito suspensivo, os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Em relação à legitimidade do Facebook, trata-se de entendimento consolidado nesta Corte, tendo em vista que, embora exista pessoa jurídica distinta (*WhatsApp Inc*., com sede nos Estados Unidos da América), trata-se de empresas que pertencem ao mesmo grupo econômico:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTA DE WHATSAPP BUSINESS DESATIVADA. R. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PARA REATIVAR A CONTA DA AUTORA. PRESENTES, NESTE MOMENTO, OS REQUISITOS DO ARTIGO 300 DO CPC PARA CONCESSÃO DA TUTELA. FACEBOOK. LEGITIMIDADE PASSIVA. MESMO GRUPO ECONÔMICO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP; Agravo de Instrumento

Acesso ao Sumário

2182879-72.2022.8.26.0000; Relator (a): César Zalaf; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 35ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/09/2022; Data de Registro: 14/09/2022)

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Procedência em parte. Autora banida do aplicativo WhatsApp. Preliminar de perda superveniente do interesse processual afastada. Legitimidade passiva do Facebook Brasil. Empresas que integram o mesmo grupo econômico. Alegação de que a autora teria violado um dos termos de uso do aplicativo, sem, contudo, haver indicação específica acerca da suposta violação. Hipótese em que o acesso ao aplicativo foi bloqueado, sem prévio aviso ou justificativa plausível. Dano moral configurado. Autora que utilizava o mesmo número de telefone há cerca de dez anos e se viu impossibilitada de contatar seus clientes em razão da conduta da ré. Situação que extrapola o mero dissabor. Indenização por dano moral fixada em R$ 1.500,00. Valor que merece sofrer majoração. Arbitramento em R$ 5.000,00 que se mostra adequado no caso concreto. Sentença parcialmente reformada. Recurso da ré não provido. Recurso adesivo da autora parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Cível 1106718-34.2019.8.26.0100; Relator (a): Rodolfo Cesar Milano; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/09/2022; Data de Registro: 29/09/2022)

Ademais, o fato de que a operadora de telefonia móvel, que não é parte na demanda, possa, em tese, possuir as mesmas (ou até mais) informações solicitadas à ré, isso não impede o consumidor de solicitar que a prestadora do serviço apresente as devidas informações, sendo certo que constou da r. decisão que incumbe à ré apresentar os dados "*disponíveis em seus assentamentos*". Neste sentido:

OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE DADOS. Decisão que deferiu a antecipação da tutela para obrigar o Facebook do Brasil a disponibilizar os registros de acesso ao aplicativo Whatsapp utilizado em golpe sofrido pela parte autora. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEGITIMIDADE DE PARTE. Agravante que integra o mesmo grupo econômico da empresa norte-americana WhastApp LLC e responde solidariamente em ações movidas no país. Precedentes. INTERESSE PROCESSUAL. Informações a serem fornecidas por operadoras telefônicas que não se confundem com aquelas a serem fornecidas nos termos do artigo 15 da Lei 12.965/2014. MÉRITO. Decisão mantida por suas próprias e bem deduzidas razões. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2249328-75.2023.8.26.0000; Relator (a): Maria Salete Corrêa Dias; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 36ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/09/2023; Data de Registro: 29/09/2023)

Apelação - Ação de obrigação de fazer - Identificação de usuário de Instagram - Número de telefone cadastrado no aplicativo Whatsapp - Face-

Acesso ao Sumário

book - Grupo econômico - Legitimidade configurada - Sentença mantida. O réu é sim, parte legítima para figurar no polo passivo, considerando que forma grupo econômico envolvendo os aplicativos Facebook, Instagram e Whatsapp, o que se pode constatar com uma rápida pesquisa na internet, como já foi reconhecido por diversas vezes pela jurisprudência atual. - O autor possui interesse processual ao buscar o que lhe entende de direito. A possibilidade ou não de a operadora telefônica identificar o proprietário da linha telefônica, por si só, não é óbice para que o autor pleiteie a identificação junto ao gestor do aplicativo Whatsapp, sendo certo que possui tais dados. Apelação desprovida, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1088329-30.2021.8.26.0100; Relator (a): Lino Machado; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 27ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/06/2022; Data de Registro: 23/06/2022)

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2018414-12.2023.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante C. E. F. - C., são agravados G. F. DE F. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e T. DOS S. F. (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.715)**

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

São Paulo, 19 de dezembro de 2023.

CARLOS CASTILHO AGUIAR FRANÇA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento - Fixação de multa diária para compelir empresa pública federal ao cumprimento de obrigação de fazer, simples transferência de saldo da conta vinculada de FGTS de devedor de alimentos - Demora no cumprimento - Competência da Justiça Estadual para a imposição da multa, pelo juízo que preside o processo, mas da Justiça Federal para a realização dos atos materiais de execução - Incidência da multa, embora reduzido o valor, que se

mostrou excessivo - Recurso provido em parte - Decisão reformada em parte.

VOTO

É recurso de agravo de instrumento contra a r. decisão que rejeitou impugnação apresentada pela agravante, em incidente de cumprimento de sentença. Sustenta a incompetência da Justiça Estadual para promover a execução, a inoportunidade da imposição da multa e sua desproporcionalidade.

Atribuiu-se efeito suspensivo.

O agravado opôs-se ao julgamento virtual e, em seguida, apresentou contraminuta, repelindo a pretensão recursal.

O D. Procurador de Justiça opinou pelo provimento parcial.

Perante a arguição do agravado, de deserção do recurso, a agravante foi intimada e realizou o preparo.

É o relatório.

A natureza do recurso remete ao sistema de julgamento virtual, embora a oposição do agravado.

Cuida-se de incidente de cumprimento de sentença, cuja origem será adiante referida.

Em execução de alimentos, determinou-se à (...) a transferência dos valores de saldo das contas do FGTS e PIS do devedor, para conta judicial, ofício de 29 de julho de 2019. Sem atendimento, o ofício foi reiterado em 25 de setembro de 2019, cominando-se multa diária de R$ 1.000,00, pelo máximo de trinta dias (pág. 504). Houve intimação pessoal da (...) em 27 de setembro. Houve transferência de R$ 122,09, em 23 de janeiro de 2020. Perante esse quadro, o alimentando, promovente da execução, instaurou incidente em desfavor da (...), para reclamar o valor atinente à multa pecuniária decorrente da demora no cumprimento da obrigação de transferir o saldo do FGTS, multa somando R$ 46.371,37. A devedora da obrigação, (...), deduziu impugnação, rejeitada pelo D. Juízo que preside o processo, decisão alvo deste recurso de agravo de instrumento.

Pela regra geral, o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição é o competente para dar cumprimento à sentença, diz o Código de Processo Civil, no artigo 516, inciso II. Nem sempre será assim, haja vista as exceções previstas no inciso III do mesmo artigo.

É possível imaginar, como faz Daniel Amorim Assumpção Neves[1], a hipótese em que o título executivo não é o pronunciamento judicial que decidiu a causa e sim um pronunciamento incidentalmente proferido no processo. O ilustre processualista aborda a hipótese em que proferida decisão interlocutória, nos termos do artigo 515, inciso V, do CPC, e tendo reconhecida sua incompetência

1 Código de Processo Civil Comentado, Ed. JusPodivm, 8ª ed., pág. 980.

Acesso ao Sumário

supervenientemente, não seja o juízo que ira decidir a causa.

É possível estender o raciocínio para situação debatida nestes autos, se a Justiça Estadual, prolatora de ato condenatório de empresa pública federal, ao pagamento de valor pecuniário, é competente para promover-lhe o cumprimento ou se competente será a Justiça Federal. Algo semelhante pode ocorrer, quando se cuide de sentença penal condenatória proferida pela Justiça Federal, cuja competência para a execução será da Justiça Estadual, ressalvada incidência, no caso concreto, de uma das hipóteses previstas no artigo 109 da Constituição Federal[2].

Outra hipótese, abordada por Araken de Assis, é a do TRF dar provimento à apelação para excluir um dos réus, justamente o que, na forma do art. 109, I, atraiu a competência da Justiça Federal (art. 45, § 3º, do NCPC, mantida a condenação do outro réu. Em tal hipótese, a competência para executar passa para a Justiça Comum[3].

A obrigação de fazer, de transferir o dinheiro para conta judicial, foi editada pela Justiça Estadual, incumbindo à (...) dar-lhe cumprimento no prazo e na forma estabelecida. Deixando de fazê-lo, incidiu na sanção pecuniária imposta, cuja competência era mesmo do D. Juízo que preside o processo. No entanto, os atos materiais de execução, que podem incluir a apreensão e expropriação de bens, para conversão em dinheiro e entrega ao credor, competem à Justiça Federal, haja vista pertencer, o patrimônio sob execução, a empresa pública federal.

Conforme bem sustentou o D. Procurador de Justiça oficiante, *cabe ao d. Juízo "a quo" tão somente realizar a liquidação da multa, inclusive apreciando os pedidos da agravante para sua revogação ou para redução de seu valor, à luz do art. 537 do CPC. Já a fase executiva propriamente dita, com o uso de medidas coercitivas para o adimplemento do débito, deverá ocorrer perante a esfera federal, mediante provocação do credor* (textual, pág. 39).

A multa foi fixada com o intuito de compelir a agravante ao cumprimento de determinada obrigação, a transferência de dinheiro pertencente ao executado, que estava sob sua guarda, modestos R$ 122,09. Fê-lo com atraso, sem razão plausível, porque ato simples, incidindo na sanção cominada, injustificável a revogação, conquanto possível a redução.

Ao juiz da causa é dado modificar o valor ou a periodicidade, quando se mostre insuficiente ou excessiva. Também é dado excluí-la, se o obrigado demonstra o cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. Assim estabelece o artigo 537, § 1º, do Código de Processo Civil.

Afasta-se a hipótese de exclusão, porque o cumprimento aconteceu quase quatro meses após a intimação e porque não houve apresentação de fato justificador da demora. Não houve, decerto, intenção de descumprir a ordem judicial,

Acesso ao Sumário

2 V. Daniel Amorim Assumpção Neves, obr. cit., pág. 985.

3 Manual da Execução, Ed. RT, 19ª ed., 2017, pág. 550.

mas a desídia acarreta a sanção.

Mas é evidente que tornou-se excessiva e que deve ser reduzida. Sua natureza jurídica, de medida coercitiva e intimidatória, não admite exegese que a faça assumir um caráter indenizatório, que conduza ao enriquecimento sem causa do credor. O escopo da multa é impulsionar o devedor a assumir um comportamento tendente à satisfação da sua obrigação frente ao credor, não devendo jamais se prestar a compensar este pela inadimplência daquele" (REsp n. 1.354.913/TO, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 31/5/2013).

Consoante o entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, *é admitida a redução do valor da astreinte quando a sua fixação ocorrer em valor muito superior ao discutido na ação judicial em que foi imposta, a fim de evitar possível enriquecimento sem causa. Todavia, se a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade se faz entre o simples cotejo do valor da obrigação principal com o valor total fixado a título de astreinte, inquestionável que a redução do valor da última, pelo simples fato de ser muito superior à primeira, prestigiará a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais, além do que estimulará os recursos com esse fim a esta Corte Superior, para a diminuição do valor devido, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instâncias ordinárias, que devem ser as responsáveis pela definição da questão, e da própria efetividade da prestação jurisdicional.. Diversamente, se o deslocamento do exame da proporcionalidade e razoabilidade da multa diária, em cotejo com a prestação que deve ser adimplida pela parte, for transferido para o momento de sua fixação, servirá de estímulo ao cumprimento da obrigação, na medida em que ficará evidente a responsabilidade do devedor pelo valor total da multa, que somente aumentará em razão de sua resistência em cumprir a decisão judicial.. Sob esse prisma, o valor total fixado a título de astreinte somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação que ela objetiva compelir o devedor a cumprir, nunca em razão do simples valor total da dívida, mera decorrência da demora e inércia do próprio devedor* (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.277.152/RS, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 6/8/2015, DJe de 21/8/2015.).

O valor global pode ser reduzido, exatamente porque a seu respeito inexiste preclusão ou coisa julgada, consoante iterativa jurisprudência do STJ. Tal discussão pode ocorre em embargos e na impugnação de que trata o artigo 525, c.c. Art. 537, § 1º, do Código de Processo Civil, conforme expõe Araken de Assis[4].

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - Ação de obrigação de fazer com pedido liminar - Cumprimento provisório de sentença

4 Manual da Execução, Ed. RT, 19ª ed., 2017, pág. 879

Acesso ao Sumário

- Astreintes - Rejeição de impugnação - Hipótese em que a ora agravante alega não ser possível a cobrança de astreintes - Descabimento - Descumprimento devidamente constatado - Redução do valor da multa que, no entanto, se impõe, sob pena de gerar enriquecimento sem causa da agravada - Valor da astreintes que não está sujeito à preclusão ou coisa julgada - Recurso parcialmente provido (TJSP; Agravo de Instrumento 2183480-44.2023.8.26.0000; Relator (a): José Carlos Ferreira Alves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IV - Lapa - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/12/2023; Data de Registro: 06/12/2023).

Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Decisão que acolheu a impugnação e reduziu o montante das astreintes para R$20.000,00. Pretensão do agravante no sentido da manutenção da multa no montante de R$ 520.000,00. Não cabimento. Possibilidade de alteração ou exclusão das astreintes a qualquer tempo. Exegese do artigo 537, §1º, inc. I, do CPC. Valor que se mostra excessivo ao ser comparado com o da obrigação. Correta redução da multa para o montante de R$ 20.000,00. Decisão mantida. Recurso a que se nega provimento (TJSP; Agravo de Instrumento 2119672-65.2023.8.26.0000; Relator (a): Maurício Campos da Silva Velho; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jundiaí - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 31/10/2023; Data de Registro: 31/10/2023)

É justo reduzir o valor para R$ 2.000,00, tal qual propõe a agravante.

Relembro que deve-se ponderar sobre sua proporcionalidade e razoabilidade em função da própria obrigação cujo cumprimento se almeja alcançar. Tratava-se de transferir para conta judicial a singela quantia de R$ 122,09, mas a multa diária fixada já superava oito múltiplos do valor da obrigação, enquanto o limite representava mais de duzentos e quarenta e cinco múltiplos. Aliás, o credor equivocou-se ao instaurar execução já contemplando juros moratórios, que tornaram-se devidos não no momento da intimação para cumprimento da obrigação, mas no instante da execução da dívida.

Nada obstante a juridicidade do parecer, afasto a limitação do valor àquele excutido pelo alimentante, à época da exigência da obrigação tardiamente cumprida pela agravante, porque estabelece-se raciocínio em função da obrigação cujo cumprimento se exige e não em razão da dívida em execução, que, ademais, não pertence à agravante, mas ao alimentante.

Embora caiba à Justiça a competência para executar o valor, recomendo à agravante promover o depósito judicial voluntário, de modo a evitar o ajuizamento de processo de execução de reduzida expressão.

E deverá pagar o restante do preparo recursal, nos termos da deliberação proferida em pág. 49, pois para evitar ainda o retardamento do julgamento, postergo a providência, cuja omissão levaria à deserção.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso, para reduzir a multa pecuniária imposta para o valor de R$ 2.000,00 e para reconhecer a competência da Justiça Federal para sua execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2284702-55.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TRAVESSIA SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS VIII S.A., são agravados LUIZ TONIN ATACADISTA E SUPERMERCADOS S/A, LUIZ TONIN, TONIN AGROPECUÁRIA E PARTICIPAÇÕES S/A, LUIZ ANTONIO TONIN e TANEA TERESA TONIN.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23918)**

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

São Paulo, 18 de dezembro de 2023.

PENNA MACHADO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de Título Extrajudicial. Nota Promissória. Penhora. Decisão que autorizou a substituição de penhora sobre valores por seguro-garantia, acrescidos de trinta por cento. Providência que não configura pagamento voluntário, nem suspende o incidente originário, tampouco obsta a incidência das penalidades do art. 523 do CPC/15, porém impede a realização de tentativa de penhora em dinheiro (art. 835, § 2º, do CPC/15). Desnecessária a anuência da Empresa Agravante, que não logrou desqualificar a salvaguarda oferecida, seja por insuficiência, defeito formal ou inidoneidade, prevalecendo o princípio da menor onerosidade, observada a máxima efetividade da Execução. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto em face da r. Decisão de fl.

Acesso ao Sumário

3.521, que nos Autos do "Execução de Título Extrajudicial", autorizou o oferecimento de um seguro-garantia no valor do débito remanescente da Execução a fim de garantir o saldo remanescente da dívida, sem que exista uma penhora anterior.

Insurge-se a Empresa Agravante (fls. 1/13), aduzindo, em síntese, não ser cabível o oferecimento de seguro-garantia para hipótese em que inexiste a concessão de efeito suspensivo ou penhora a ser substituída.

Aponta que o Acórdão utilizado pela Decisão Agravada indica a equivalência do seguro-garantia ao dinheiro, mas destaca que é lícito ao credor recusar a substituição de constrição de Bens, que desfavoreça a celeridade da Execução.

Entende que a Execução deverá prosseguir no interesse do credor.

Pede seja indeferido o pedido de substituição da penhora de ativos financeiros pelo seguro-garantia e determinado o prosseguimento do bloqueio de ativos financeiros via Sisbajud, até o limite do saldo remanescente executado.

Por fim, requer a reforma da r. decisão hostilizada.

Recurso tempestivo, processado sem o efeito ativo pleiteado (fl.100) e com a apresentação de Contraminuta (fls. 105/119).

É o breve Relatório.

Respeitado profundamente entendimento diverso, o Recurso interposto não comporta provimento; senão vejamos.

Cuida-se de "Execução de Título Extrajudicial" movida por "TRAVESSIA SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS VIII S.A." em face de "LUIZ TONIN ATACADISTA E SUPERMERCADOS S/A E OUTROS", objetivando, em síntese, executar o seu crédito.

A pretensão da Empresa Agravante de afastar o seguro-garantia e penhorar ativos financeiros dos Agravados não subsiste.

Acertada a decisão agravada que autorizou a substituição de penhora sobre valores por seguro-garantia, acrescidos de trinta por cento.

Trata-se de providência que não configura pagamento voluntário, nem suspende o incidente originário, tampouco obsta a incidência das penalidades do art. 523 do CPC/15.

Acesso ao Sumário

Contudo, ainda que a penhora não tenha se efetivado, a medida impede a realização de tentativa de penhora em dinheiro (art. 835, § 2º, do CPC/15).

A recusa da Empresa Agravante também não obsta a providência, pois desnecessária a anuência da Empresa Agravante, que não logrou êxito em desqualificar a salvaguarda oferecida, seja por insuficiência, defeito formal ou inidoneidade, prevalecendo o princípio da menor onerosidade, observada a máxima efetividade da Execução.

Neste sentido:

"*Agravo de instrumento. Recurso interposto contra a r. decisão que indeferiu a substituição da penhora. Ação indenizatória. Sentença de Pro-*

cedência. Cumprimento provisório de sentença. Oferecimento de seguro garantia judicial, pela devedora agravante, acrescido de trinta por cento. Providência que não configura pagamento voluntário, nem suspende o incidente originário, tampouco obsta a incidência das penalidades do art. 523 do CPC/15, porém impede a realização de tentativa de penhora em dinheiro (art. 835, § 2º, do CPC/15). Desnecessária a anuência do agravado, que não logrou desqualificar a salvaguarda oferecida, seja por insuficiência, defeito formal ou inidoneidade, prevalecendo o princípio da menor onerosidade, observada a máxima efetividade da execução. Precedentes. Decisão reformada, para aceitar o seguro garantia judicial, acrescido de trinta por cento, e impedir a realização de tentativa de penhora em dinheiro. Agravo de instrumento provido" (TJSP; Agravo de Instrumento 2207812-75.2023.8.26.0000; Relator (a): Carlos Dias Motta; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IV - Lapa - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/09/2023; Data de Registro: 27/09/2023).

Logo, de rigor a manutenção da Decisão agravada, tal e qual como lançada.

A interposição de Embargos protelatórios pode beirar a má-fé, com a imposição de multa processual.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro Felix Fischer, DJ 08.05. 06, p. 240).

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO AGRAVO**, mantida na íntegra a respeitável Decisão, pelos próprios e jurídicos fundamentos na oportunidade explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2304849-05.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TAM LINHAS AEREAS S/A (LATAM AIRLINES BRASIL), é agravada BRUNA BARRIENTOS FERREIRA.

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 46454)**

Acesso ao Sumário

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

São Paulo, 14 de dezembro de 2023.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - TRANSPORTE AÉREO - ANIMAL DE APOIO EMOCIONAL - TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS LEGAIS - I - Decisão agravada que deferiu o pedido de tutela antecipada formulado pela parte autora, ora agravada, para determinar à ré, ora agravante, que autorize o embarque do animal tutelado pela autora dentro da cabine da aeronave e dentro de sua caixa de transporte - II - Ré, ora agravante, que alega que o transporte de animal de apoio emocional só é possível nos trechos em que a companhia aérea reconhece tal conceito, dentre os quais não se encontra o trecho de viagem a ser realizado pela ora agravada - III - Documentos que instruem a exordial que permitem constatar, ao menos em sede de cognição sumária, a necessidade psiquiátrica da ora agravada da companhia do animal, assim como a saúde deste - Hipótese, ademais, regulamentada nos arts. 1º e 2º da Portaria 12.307 de 25.08.2023 da Anac - Resolução nº 208/2013 da Anac que versa sobre a acessibilidade de passageiros com necessidade de assistência especial ao transporte aéreo - Princípio da isonomia, previsto no art. 5º, da CF, aplicado na hipótese por analogia, a fim de que não haja distinção entre as deficiências físicas ou psíquicas do ser humano - Normas internas da companhia aérea e art. 15, §2º da Resolução n° 400/2016 da Anac que não podem violar o direito constitucional de ir e vir, tampouco o direito à saúde, previstos no art. 5º, inciso XV e no art. 196, respectivamente, da Constituição Federal - Precedentes deste E. TJSP - Decisão interlocutória suficientemente motivada, mantida nos termos do art. 252 do RITJSP – Agravo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em 10.11.2023, tirado de ação de obrigação de fazer, em face da r. decisão proferida em 11.10.2023, tendo o A.R. de citação da parte ré, ora agravante, sido juntado aos autos em 21.10.2023, que deferiu o pedido de tutela antecipada formulado pela parte autora, ora agravada.

Sustenta a parte agravante, em síntese, estarem ausentes os requisitos do art. 300 do CPC.

Neste mister, aduz que a pretensão da autora, ora agravante, consiste em embarcar em voo internacional entre Lisboa e São Paulo/SP com seu animal de suporte emocional.

Argumenta, contudo, que tal pretensão viola as normas da empresa recorrente, na medida em que o embarque de passageiro com animal de apoio emocional dentro da cabine só é cabível nas rotas da companhia aérea agravante que reconhecem o conceito, quais sejam, com destino ao México e Colômbia, não sendo tal serviço prestado no trecho contratado pela parte ora agravada.

Outrossim, assevera que não houve recusa por parte da companhia aérea em transportar o animal por meio de outras modalidades de transporte, visto que não houve solicitação neste sentido, pretendendo a autora, em verdade, compelir a agravante a oferecer serviço por ela não prestado.

Requer a requer a reforma da r. decisão agravada, revogando-se a tutela deferida.

Contraminuta pugnando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Ação de obrigação de fazer ajuizada pela parte ora agravada em face da parte ora agravante. Segundo se depreende da inicial, a parte autora foi diagnosticada com transtorno de ansiedade (CID F41), servindo seu cachorro como animal de apoio emocional. Informa que o animal pesa 19 quilos mas que, sendo ele animal de apoio emocional do ponto de vista médico, não há que se falar em limitação de peso. Argumenta que inexiste qualquer óbice para o transporte do animal dentro da cabine. Informa que a viagem LA 8149, saindo do Aeroporto de Lisboa (LIS) com destino ao Aeroporto de Guarulhos (GRU), ocorrerá no dia 26.12.2023. Requereu seja a ré compelida a providenciar o necessário para o embarque do cachorro fora da caixa e junto à sua tutora, a autora, inclusive em sede de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 01/18 dos autos principais).

Sobreveio a r. decisão agravada, deferindo a tutela pretendida (fls. 275/276 dos autos principais).

Dispõe o art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal que assim dispõe:

"Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver

Acesso ao Sumário

de mantê-la".

Ausente razão jurídica para anular ou reformar a r. decisão agravada, ou acrescentar novos argumentos, vez que suficientemente motivada, ratifica-se, na íntegra, os seus fundamentos de fato e de direito, os quais sintetizo para a necessária compreensão do tema, que ora se transcreve:

"*Vistos.*

1. A autora sofre de transtorno de ansiedade e tem viagem marcada, em voo operado pela ré, de Lisboa para Guarulhos, em 26.12.2023 (fls. 28/30). Requer a concessão da tutela para que a requerida autorize o embarque de seu animal de apoio emocional.

Presentes os requisitos do art. 300, do CPC, de rigor a concessão da tutela. A autora comprovou a negativa da ré (fls. 31/32), que oferece o serviço de animal de apoio emocional "apenas para as rotas México e Colômbia"; seu quadro de saúde (fl. 39) e as condições de saúde do animal (fl. 40), com a ressalva de que a profissional veterinária não recomenda "o transporte do animal no porão, devido ao potencial risco de stress respiratório".

Logo, defiro a tutela para determinar à ré que autorize o embarque, na cabine da aeronave, do animal tutelado pela autora. O pedido para que o cão viaje "fora da caixa de transporte" deve ser indeferido, como forma de evitar qualquer risco à segurança dos demais passageiros e eventuais distúrbios que possam ser causados pelo deslocamento do animal. Se mesmo os animais de pequeno porte devem ser transportados na caixa, mais razão existe para que o cachorro da autora faça uso da acomodação especial. A presente decisão, assinada digitalmente, servirá como ofício a ser encaminhado pela parte autora e comprovado nos autos dentro de 15 dias.

(...)."

Apenas para que não pairem dúvidas, registre-se que a parte autora acostou aos autos atestado médico indicando que a recorrida "*está em tratamento médico ambulatorial sem previsão de alta com diagnóstico F41 (CID 10) em melhora parcial, necessita viajar com seu pet para suporte emocional evitando assim agudização dos sintomas psíquicos.*" (fl. 39 dos autos principais), assim como atestado veterinário indicando que o animal é chipado e "*não apresenta nenhum sinal de doença infecto contagiosa e/ou zoonótica, estando apto para embarcar e em perfeitas condições de saúde (...). Não aconselho o transporte do animal no porão, devido ao potencial risco de stress respiratório - raça braquicefálica. (...) Paciente dócil e calmo.*" (fl. 40 dos autos principais).

Outrossim, o transporte de animais de apoio emocional dentro da cabine de passageiros em voo domésticos ou internacionais é expressamente previsto pela Anac - Agência Nacional de Aviação Civil - por meio da Portaria 12.307 de

Acesso ao Sumário

25.08.2023, que assim dispõe em seus arts. 1º e 2º:

"**Art. 1º Dispor sobre as condições gerais para o transporte de animais aplicáveis ao transporte aéreo de passageiros, doméstico e internacional, nos termos do que dispõe o art. 15 da Resolução nº 400/2016.**

Art. 2º Para os efeitos desta Portaria, aplicam-se as seguintes definições:

I - Animal de assistência emocional: animal de companhia, isento de agressividade, que ajuda um indivíduo a lidar com aspectos associados às condições de saúde emocional e mental, proporcionando conforto com sua presença. (...)

Art. 3º O transportador aéreo poderá ofertar o serviço de transporte de animal de estimação ou de assistência emocional na cabine de passageiros ou despachado no compartimento de bagagem e carga da aeronave, nos termos do contrato de transporte."

Some-se a isso, ainda, o disposto na Resolução nº 208/2013 da ANAC, que versa sobre a acessibilidade de passageiros com necessidade de assistência especial ao transporte aéreo e o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, da CF, aplicado na hipótese por analogia, a fim de que não haja distinção entre as deficiências físicas ou psíquicas do ser humano.

Veja-se o entendimento deste Egrégio Tribunal em casos análogos:

"**AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de obrigação de fazer cumulada com tutela de urgência. Transporte aéreo internacional. Autorização para transporte de animal de suporte emocional. Concessão com o fim de determinar o embarque de animal de espécie canina junto a sua tutora, na cabine da aeronave, ante seu caráter de suporte emocional.** Imposição de multa para o caso de descumprimento da ordem judicial. Admissibilidade. Medida que tem por finalidade a efetivação do provimento mandamental, conduzindo o obrigado a optar por cumprir espontaneamente o preceito judicial mediante atos próprios. Imposição é faculdade do magistrado prevista expressamente no art. 536, §1º, do NCPC. Ausente ilegalidade ou abusividade na imposição de astreintes. Não deve ter medo de multa aquele que cumpre as decisões judiciais. Decisão mantida. Recurso improvido." (Agravo de instrumento n° 2106467-66.2023.8.26.0000; Rel.: Decio Rodrigues; Órgão julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Data de julgamento: 31.07.2023)

"APELAÇÃO CÍVEL. **Transporte aéreo**. Ação declaratória com pedido de tutela antecipada. Sentença de improcedência. Insurgência da parte demandante. **Pretensão da autora de viajar acompanhada de seu cão de estimação, na qualidade de suporte emocional em voos nacionais oferecidos pela ré enquanto perdurar sua necessidade de estar junto ao animal. Admissibilidade. Demonstrado o legítimo interesse, caberia a ré comprovar de maneira clara os motivos da recusa do embarque do animal de apoio emocional e,**

Acesso ao Sumário

desse ônus não se desincumbiu. Pelo contrário. A própria ré confessa que, uma vez satisfeitas as exigências em relação a tamanho, peso, vacinação entre outras premissas, há permissão para acompanhamento do passageiro pelo animal que lhe dá suporte emocional em voos internacionais, conforme se constata do documento de fl. 81. Para tanto, ainda segundo a ré, basta que o animal se enquadre nos requisitos retro mencionados e, ainda, que o transtorno do passageiro tenha sido confirmado por profissional médico\psiquiatra, a quem incumbe a declaração após respectivo exame. Quer dizer, havendo permissivo e regulamentação a respeito, basta seja feita simples estruturação lógica para se concluir que se os voos short-haul (domésticos) normalmente tem duração inferior aos voos long-haul (internacionais), não há razão alguma para a restrição em relação aos primeiros, à luz da diretriz de que "quem pode o mais pode o menos". Nesses termos, a procedência da demanda é de rigor. Sentença reformada. **Recurso provido para autorizar a autora a embarcar com seu cão de suporte emocional em voos nacionais oferecidos pela ré enquanto perdurar orientação médica nesse sentido, atendidas condições relativas a custos e restrições ao atendimento desse interesse, tendo em vista a conformidade do animal com a natureza do serviço**." (Apelação n° 1103335-77.2021.8.26.0100; Rel.: Helio Faria; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Data de julgamento: 27.03.2023)

"**AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA - TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL - PRETENSÃO DE EMBARQUE EM CABINE COM ACOMPANHAMENTO DE ANIMAL DE SUPORTE EMOCIONAL - Pretensão de reforma da decisão que deferiu pedido de tutela de urgência - Requisitos para a tutela provisória que estavam presentes (art.300, CPC)** - Notícia do cumprimento da tutela - Recorrida que já empreendeu a viagem que pretendia com o cão de suporte emocional - Tutela materialmente irreversível - Perda do objeto recursal - RECURSO PREJUDICADO, PELA PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. (Agravo de instrumento n° 2185931-76.2022.8.26.0000; Rel.: Heitor Luiz Ferreira do Amparo; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Data de julgamento: 11.11.2022)

Por fim, frise-se que, não obstante as normas internas da companhia aérea agravante e o disposto no art. 15, §2º da Resolução n° 400/2016 da Anac, segundo o qual o transporte de animais deverá observar o regime de contratação e procedimento próprios da transportadora, referidas normas não podem violar o direito constitucional de ir e vir, tampouco o direito à saúde, previstos no art. 5º, inciso XV e no art. 196, respectivamente, da Constituição Federal.

Ante o exposto, estando a r. decisão agravada suficientemente motivada, e não havendo razão para sua modificação ou anulação, é o caso de prestigiá-la, por seus próprios fundamentos, na forma do art. 252 do RITJSP.

Acesso ao Sumário

Posto isto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2264829-69.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes SABIA RESIDENCIAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S/A e P1 EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, é agravado PARQUE CONDOMÍNIO RESERVA JARAGUÁ - CONDOMÍNIO DOS PÁSSAROS.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Luciano Faneca da Cunha Gonçalves, OAB/SP 302.893.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.885)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO (Presidente sem voto), JAIR DE SOUZA e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 19 de dezembro de 2023.

ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES, Relatora

Ementa: VÍCIOS CONSTRUTIVOS - MODIFICAÇÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA - REJEIÇÃO DE PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* - Agravantes que insistem na ilegitimidade ativa e passiva e defendem a postergação das obras já determinadas até a realização da vistoria pelo perito - Ausência de cabimento do recurso quanto às preliminares de ilegitimidade - Hipótese não prevista no rol do art. 1015 do CPC - Inaplicabilidade da teoria da taxatividade mitigada - Indeferimento de preliminares relativas às condições da ação que pode ser enfrentada em preliminar de apelação, nos termos do art. 1009, §1°, do CPC - Orientação jurisprudencial consolidada por este E. TJSP - Mérito - Tutela de urgência concedida em razão de risco de rompimento de talude adjacente ao condomínio, com prejuízo às unidades autônomas térreas - Situação de grave risco que já foi apreciada por esta Câmara em recurso anterior, inexistindo fato superveniente que afaste o perigo constatado - Alegação de que a realização das

Acesso ao Sumário

obras modifica o estado do local e inviabiliza a realização da perícia - Rejeição - Abundância de documentos nos autos que fornecem subsídios para elucidação dos fatos pelo expert - Futuras vistorias a serem realizadas pela Defesa Civil e Subprefeitura e eventual ata notarial a cargo da parte que já garantem a documentação da situação fática existente - Prevalência da segurança dos moradores em face de outros meios de preservação da verdade dos fatos - Pedido de determinação para que o perito realize vistoria prévia em dez dias - Desacolhimento - Expert que possui autonomia para determinar as medidas mais adequadas para elucidação dos pontos controvertidos, à luz do conhecimento técnico, e já se manifestou sobre as diligências a serem efetuadas - Decisão mantida - RECURSO PARCIALMENTE NÃO CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de obrigação de fazer, em decisão de saneamento e organização do processo, (i) indeferiu o pedido de modificação da tutela de urgência (anteriormente concedida) para postergação das obras impostas até realização de perícia e (ii) rejeitou as preliminares de ilegitimidade ativa e passiva.

Sustentam as agravantes, em síntese, que fora concedida tutela de urgência para autorizar a realização imediata de obras no prédio, devido a alegado risco de desmoronamento. Explicam que foi determinada a perícia para atestar a responsabilidade pelos vícios e que a intervenção antes da vistoria pelo perito prejudicará a realização da prova. Frisam que a área *sub judice* é pequena porção traseira do empreendimento sem trânsito de pessoas, de modo que o isolamento é medida proporcional para resguardar a segurança até a ocorrência da vistoria pericial. Pugnam, subsidiariamente, para que seja determinada a designação de vistoria pelo perito em, no máximo, dez dias. Destacam a necessidade de apreciação das preliminares de ilegitimidade ativa e passiva.

Foi indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal (fls. 89-91).

Não houve apresentação de contraminuta (fls. 93).

As agravantes manifestaram oposição ao julgamento virtual (fls. 95).

É o relatório.

De início, o recurso não merece ser integralmente conhecido devido à ausência de cabimento quanto à rejeição das preliminares de ilegitimidade ativa e passiva.

Acesso ao Sumário

Com efeito, o indeferimento de preliminares relativas às condições da ação, em sede de decisão de saneamento, não se encontra no rol do art. 1015 do CPC nem há elementos no caso concreto para que se aplique a construção jurisprudencial da taxatividade mitigada, isto é, o conhecimento do recurso quanto há "*urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso da apelação*" (REsp 1.704.520, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.12.18).

Cumpre destaca que o inciso legal apontado pelas agravantes (art. 1015, VIII, do CPC) trata do indeferimento de pedido de redução do litisconsórcio multitudinário, não se confundindo com aferição da pertinência subjetiva das partes para a demanda.

Eventual ilegitimidade ativa ou passiva podem ser adequadamente apreciados como preliminar da apelação, de modo que extrapolam a recorribilidade pela via do agravo de instrumento.

Impende salientar que não há qualquer peculiaridade da espécie que justifique a análise imediata da matéria em sede de agravo de instrumento, dada a ausência de perigo da demora.

Nesse sentido, este E. TJSP possui jurisprudência consolidada de que a rejeição de preliminares de ilegitimidade *ad causam* não é hipótese de cabimento do agravo de instrumento:

> *Agravo de instrumento. Seguro habitacional. Vícios construtivos. Decisão de rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva da seguradora. Não conhecimento. Ausência das hipóteses de cabimento de agravo. Inaplicabilidade da exceção firmada no Tema 988 do STJ, não se verificando situação de urgência pela inutilidade de posterior análise da questão. Precedentes. Recurso não conhecido*. (AI 2124913-20.2023.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Enéas Costa Garcia, j. 23.06.23)
>
> *AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação indenizatória decorrente de vício construtivo - Relação consumerista - Banco do Brasil no polo passivo - Preliminares de ilegitimidade passiva, denunciação da lide em relação à Caixa Econômica Federal e incompetência da Justiça Estadual - Questões preliminares rejeitadas - Inconformismo - Não cabimento - A decisão interlocutória que rejeita a preliminar de ilegitimidade de parte não é passível de recurso imediato - Inteligência do art. 1.009, § 1º, do CPC - Cabimento de agravo apenas contra a decisão que exclui a parte do processo - (...)* (AI 2061045-68.2023.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fernando Reverendo Vidal Akaoui, j. 28.04.23)
>
> *AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE AFASTOU A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA - INSURGÊNCIA DA PARTE RÉ - NÃO CONHECIMENTO - CABIMENTO DO AGRAVO DE*

Acesso ao Sumário

INSTRUMENTO ESTÁ RESTRITO ÀS HIPÓTESES LEGAIS DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC, NÃO SE INCLUINDO ENTRE ELAS A SITUAÇÃO DO CASO EM TELA - JURISPRUDÊNCIA UNÍSSONA NO MESMO SENTIDO - RECURSO NÃO CONHECIDO. (AI 2068965-93.2023.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Hertha Helena de Oliveira, j. 30.03.23)

No mérito, o recurso tampouco comporta provimento.

Extrai-se da origem que o condomínio agravado propôs demanda para compelir as agravantes à correção de vícios construtivos consistentes em irregularidades e instabilidade do solo nas unidades autônomas térreas.

Em caráter liminar, o Juízo *a quo* concedeu de urgência para determinar a realização das obras visando à correção dos defeitos construtivos relativos à contenção de talude, salientando o risco de rompimento do talude e ruína de parte das edificações (fls. 341-342 da origem).

A pertinência da tutela de urgência já foi ratificada por esta C. 10ª Câmara no agravo de instrumento de autos n° 220116-09.2023.8.26.0000, julgado em 12/09/2023 e assim ementado:

OBRIGAÇÃO DE FAZER - VÍCIOS CONSTRUTIVOS- Condomínio autor (agravado) que postula a imediata reparação no talude localizado aos fundos de um dos edifícios do empreendimento construído pelas rés - Decisão que determinou a imediata reparação - Manifestação da corré, uma das responsáveis pela construção dos edifícios, arguindo fato novo, consistente em parecer técnico de profissional de sua confiança, que atestou a inexistência de risco de desmoronamento - Nova decisão, que rejeitou o laudo apresentado, mantendo a decisão anterior e convertendo a obrigação de fazer em obrigação de pagar, considerando a inércia das rés e o laudo apresentado com a petição inicial - Insurgência da corré - Descabimento -Reclamações anteriores, tanto de condômino quanto do próprio condomínio, em demanda judicial envolvendo edifício no mesmo empreendimento, não se olvidando da responsabilidade solidária das empresas que participaram da cadeia de fornecimento - Existência das rachaduras e trincas nos muros de contenção que são inquestionáveis, conforme fotografias juntadas aos autos - Necessidade de apuração da causa dos problemas existentes, por meio de perícia do Juízo, já determinada - Em análise superficial, o que importa é a integridade dos moradores que ali estão, que prevalece sobre a questão estritamente patrimonial decorrente da responsabilidade civil entre as empresas -Decisão agravada mantida na íntegra - RECURSO DESPROVIDO.

Nesse contexto, insurgem-se as agravantes contra decisão que indeferiu o pedido de paralisação das obras autorizadas pela tutela de urgência, até que o perito engenheiro José Carlos Rodrigues Teixeira possa realizar vistoria no

Acesso ao Sumário

local.

Em que pesem os esforços argumentativos da agravante, não se vislumbra fundamento para impedir a realização de reparos essenciais à integridade dos moradores do edifício em nome da produção probatória.

De fato, cumpre asseverar que, ao contrário do que constou das razões recursais, a área *sub judice* é próxima a unidades autônomas localizadas no piso térreo, de modo que sobressai o risco ao patrimônio e à pessoa dos titulares dos referidos apartamentos em caso de rompimento do talude.

Acrescente-se que inexiste fato novo relativo ao perigo da situação fática já apreciada por esta Câmara no referido agravo de instrumento de autos n° 220116-09.2023.8.26.0000.

Noutro giro, embora seja relevante a tentativa de preservar o objeto da prova do processo, verifica-se que há abundância de documentos sobre o estado atual da edificação, produzidos por assistentes técnicos de ambas as partes.

Ademais, o Juízo *a quo* já oficiou a subprefeitura e a Defesa Civil para comparecimento ao local e tomada das providências cabíveis (fls. 821 da origem), o que também contribui para a documentação da área.

Dessa forma, ainda que as obras urgentes possam ensejar alguma modificação do local, não há óbice à elucidação da questão fática sobre a responsabilidade pelos vícios construtivos por parte do perito, que também pode se socorrer da análise (indireta) dos fatos a partir dos documentos dos autos.

Por fim, caso as agravantes considerem imprescindível nova descrição da situação do local anterior às obras, é-lhes facultada a produção de ata notarial para subsidiar o processo.

Portanto, tendo-se em vista o grave risco de ruína de parte do prédio devido ao rompimento de talude, prevalece a proteção dos direitos patrimoniais e pessoais do condomínio e dos moradores, com manutenção da tutela de urgência já determinada.

No mais, o perito já se manifestou sobre as diligências necessárias para produção da prova (fls. 970 da origem), indicando a necessidade inicial de estudo geológico do solo.

Assim, descabe impor ao expert a realização de vistoria a requerimento da parte, cabendo ao próprio perito deliberar sobre a melhor forma de cumprir o encargo processual à luz dos conhecimentos técnicos de seu ofício, nos termos do art. 464, §3°, do CPC.

Em suma, a decisão recorrida não merece reparo.

Do exposto, pelo meu voto, **não conheço de parte do recurso e, na parte conhecida, nego-lhe provimento**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2215449-77.2023.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que são agravantes TITO DE FARIA NETO e MARIA AMELIA DO AMARAL FARIA REP. POR TITO DE FARIA NETO (ESPÓLIO), são agravados HENRIQUE VICENTE DE SOUZA COSTA e PRISCILA VICENTE DE SOUZA COSTA.

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 20.757)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA ZUCCHI (Presidente sem voto), ISSA AHMED e GOMES VARJÃO.

São Paulo, 9 de janeiro de 2024.

L. G. COSTA WAGNER, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Liquidação provisória por arbitramento. Determinação para que a Agravante apresente relatórios com os valores pagos pelos Agravado em contrato de promessa de compra e venda. Insurgência ao fundamento de que a Agravante não pode fazer prova contra si, ante a não incidência do CDC na relação havida entres partes. Insubsistência do agravo, porquanto a relação entre as partes se dá sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, como já decidido nos embargos declaratórios opostos ao acórdão de apelação. Decisão que deve ser mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

I - Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 5, exarada pelo MM. Juízo da 1ª. Vara Cível do Foro da Comarca de Araraquara, em sede de liquidação provisória de sentença, em que restou intimada a executada Agravante para se manifestar sobre a inicial da liquidação e a exibir relatório dos valores honrados pelos liquidantes Agravados.

Aduz a executada Agravante que a relação entre as partes não é de consumo, não se podendo inverter o ônus da prova para lhe determinar, como da interlocutória agravada, que apresente relatórios dos valores que recebeu dos Agravados pela promessa de compra e venda celebrada entre as partes.

Recurso tempestivo e preparado.

Acesso ao Sumário

Contraminuta às fls. 285/287.

É a síntese do necessário.

II - Fundamentação

O recurso não comporta provimento.

A decisão agravada foi exarada nos seguintes termos:

Vistos. Trata-se de liquidação provisória (art. 512 CPC). Intime-se o executado a fim de que se manifeste em resposta, inclusive exibindo relatório dos valores honrados pelos exequentes. Confiro o prazo de 15 dias. Int.

A liquidação provisória de sentença tem origem em ação de rescisão contratual c./c. devolução de quantias pagas relativamente a contrato de compromisso de compra e venda de bem imóvel consistente em lote de terreno.

A sentença de parcial procedência declarou a rescisão do contrato, para reintegrar a ré Agravante na posse do lote e para ainda condená-la à devolução dos valores pagos pelos Agravados, abatida a retenção de 4,65% desses valores, descontados eventuais débitos de IPTU.

A Apelação dos autores Agravados foi provida, tendo sido rescindido o contrato, assim como o recurso adesivo da ré Agravante foi provido apenas parcialmente, de modo que os Agravantes foram autorizados à proceder a retenções de parte dos valores pagos em razão da incidência de taxa de fruição.

Como ainda pende de julgamento recurso interposto contra o acórdão, os agravados deram início ao cumprimento de sentença, sobrevindo a decisão recorrida, que determinou às agravantes a apresentação de relatórios dos valores efetivamente pagos pelos Agravados.

A insurgência veiculada nas razões recusais assenta-se fundamentalmente na tese de que a relação entre as partes não é de consumo, sendo inadequado que se determine à Agravante a apresentação de tais relatórios do quanto lhe teriam pago os Agravados.

Por resistir à produção de prova contra si mesma, recorre a Agravante para que a decisão seja reformada, ao fundamento de não se aplica ao caso o CDC, não se podendo desonerar os Agravados da prova do quanto já pagaram, vale dizer, da prova constitutiva de seu direito.

Ocorre que sem razão a Agravante, porquanto este juízo, em sede de embargos de declaração opostos ao acórdão de apelação, consignou expressamente haver relação e consumo entre a partes, o que subtrai da equação o argumento central da Agravante, supostamente impeditivo de que se lhe imponha apresentar os relatórios dos valores honrados pelos Agravados.

Vale a transcrição do *obter dictum* do referido acórdão prolatado nos embargos de delação opostos ao acórdão de apelação:

Contudo, de outro lado, deve a requerida devolver parte dos valores pagos pelos requerentes, em **obediência ao disposto no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor**, que veda expressamente "a perda

Acesso ao Sumário

total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado". Em se tratando de dispositivo de ordem pública, deve ser aplicado à hipótese dos autos, independentemente do que consta do contrato, sobre o qual prevalece.

O fato de se tratar de liquidação provisória de sentença, dado que há recurso de agravo interno pendente julgamento, não afasta o entendimento já manifestado de que há relação de consumo entre as partes, não havendo que se falar em inadequação da determinação de que a Agravante apresente os documentos indicados na interlocutória recorrida.

Nesse cenário, impõe-se a mantença da decisão recorrida.

III - Conclusão

Isto posto, pelo meu voto, **conheço e NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2235268-97.2023.8.26.0000, da Comarca de Sumaré, em que são agravantes Y. V.L.O.G. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e T.L.F. (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é agravado D.O.G.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.045)**

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

São Paulo, 12 de janeiro de 2024.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução de crédito alimentar - Reiterada inadimplência - Credora, filha menor do executado - Ausência do cumprimento voluntário da obrigação - Dificuldades geradas pelo executado - Citação, via postal, em endereço de trabalho - Validade do ato ainda que recebida por terceiro - Equiparação para as hipóteses de existência de condomínio edilício, com recebimento do aviso de recebimento por terceiro - Compreensão, no moderno processo, do que dispõe artigo 248, §4º, do Código de

Processo que, se apresenta como meio de efetivação de Justiça - Liminar confirmada - Decisão de primeiro grau reformada - AGRAVO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento tirado em face da r. decisão de fls. 63 (autos de origem) que, em execução de alimentos, pelo fato de aviso de recebimento ter sido firmado por terceiro - ato de citação do executado via postal - ausente a efetivação do depósito, indeferiu o pedido de constrição do patrimônio do devedor (processo nº 0000988-23.2021.8.26.0604 - 1ª Vara Cível da Comarca de Sumaré).

Em busca de reforma, indica a agravante que o ato citatório, via postal, ocorreu em 2 de março de 2023 conforme comprovante encartado junto aos autos (fls. 61 do auto originário) e, não obstante assinado por terceiro junto ao local de trabalho do executado agravado, com plena eficácia sendo que o agravado, em nenhuma oportunidade, buscou resolver a questão do débito alimentar, gerando sérios problemas para a manutenção da filha menor, ora agravante, a continuidade da procrastinação ocasionada (fls. ½).

Deferido o efeito suspensivo (fls. 81/82), ausente contraminuta, manifestando-se a douta Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 90/92).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Crédito alimentar regularmente constituído.

Devedor em efetiva mora.

Postergando a adequada tramitação do processo de execução, ausente possibilidade de citação direta, resultou o ato praticado via postal junto ao endereço oficial de trabalho.

O aviso de recebimento foi firmado por responsável da empregadora.

Vencido o prazo e ausente a liquidação do débito, formulado pedido de constrição de bens do executado o que, pelo MM. Juiz da causa resultou indeferido e sob o argumento de que o recibo foi assinado por terceiro estranho aos autos (fls. 63 dos autos de origem).

Daí a interposição do presente agravo que contou, em fase inicial, da concessão de liminar sendo atribuído efeito suspensivo à decisão questionada.

Ora, o moderno processo exige busca de agilidade e, também, a colaboração das partes.

Na hipótese em análise, o agravado, devedor comprovado, busca retardar o cumprimento de obrigação líquida e certa referente aos alimentos devidos em prol da agravante, sua filha menor, furtando-se ao cumprimento voluntário da obrigação.

Acesso ao Sumário

O processo moderno busca a efetivação da justiça, afastados detalhes formais quando se encontra o resultado fim, ou seja, o cumprimento da condição indispensável para o prosseguimento ágil cumprindo, por consequência, ao julgador, afastar os atos que em nada protegem as partes e, também repetindo, apenas atrasa o encontro do resultado definitivo.

Ainda mais quando a própria legislação, em determinados casos, prevê hipóteses do recebimento por terceiros, desde que em endereços de vínculo do executado.

Portanto, válida a citação, via postal e que, no caso, se deu no local de trabalho do executado tendo por amparo, inclusive, na identidade de realidade, a aplicação do disposto pelo vigente Código de Processo Civil, em seu artigo 248, §4º: "*Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente*".

De se atentar, inclusive, que o recebimento do A.R., por terceiro, se deu, como bem assinalado pela douta Procuradoria de Justiça (fls. 91) junto a sede da empresa de propriedade do executado, ora agravado como se apura junto ao documento constante de fls. 76/77 (dos autos de origem) com endereço cadastrado junto a JUCESP.

Também nesse sentido, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça em casos análogos:

> *AGRAVO INTERNO. OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. Inadequação da via eleita. Alegação de nulidade da citação. Citação de pessoas em condomínios edilícios ou loteamentos com controle de acesso. Validade da citação, quando a carta for entregue a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência. Aplicação do § 4º do artigo 248, do atual CPC, mantida. Recurso improvido.* (16ª Câmara D. Privado, Agravo Interno nº 2047973-87.2018.8.26.0000/50000, Rel. Des. Mauro Conti Machado, j. 08.08.2018, v.u.);
>
> *AÇÃO DE COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REJEIÇÃO DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE CITAÇÃO. Empresa agravante que confirma que a carta de citação foi recebida pelo porteiro do prédio em que sediada. Citação válida, nos termos do art. 248, § 4º, do CPC/2015. Nos condomínios edilícios, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência. Decisão mantida. Recurso Desprovido.* (9ª Câmara D. Privado, Agravo de Instrumento nº 2168951-30.2017.8.26.0000, Rel. Des. Ângela Lopes, j. 07.08.2018, v.u.).

Acesso ao Sumário

Posição, também, do Colendo Superior Tribunal de Justiça para quem "... *a citação postal, com aviso de recebimento, é válida se entregue no endereço correto do executado, mesmo que recebida por terceiros*" (AgInt no AREsp nº 1864070-SP, rel. Ministro Gurgel de Faria, j. 14.2.22).

Desta feita, cumpre a confirmação da liminar antes deferida e, por consequência, a reforma da r. decisão proferida em primeiro grau, prosseguindo-se com o feito quanto a efetivação da constrição de bens.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2284008-23.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DIRECIONAL TSC JAMARI EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA., é agravado MASSA FALIDA DE VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A - VASP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53778)**

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

São Paulo, 15 de dezembro de 2023.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - FALÊNCIA - INCIDENTE DE ARRECADAÇÃO - Decisão que determinou a avaliação do imóvel e denegou o pedido para que seja reconhecida sua boa-fé na aquisição dos bens - Cabimento - Transferências de ativos ocorridas antes de qualquer providência da massa - Aquisição derivada de arrematação perfeita e acabada - Ausente evidência de relação entre quaisquer dos adquirentes e o reclamante no processo trabalhista em que se deu a arrematação impugnada - Síndico da agravada que suscita a possível responsabilidade do reclamante no caso concreto, ao perseguir crédito de forma autônoma - Irrelevante para o exame da boa-fé a relação de parentesco ou societária entre os demais adquirentes - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1) Insurge-se a empresa agravante contra r. decisão proferida nos autos do incidente de arrecadação de imóvel, na qual o MM. Juiz "a quo" indeferiu o pedido da recorrente para que "*seja reconhecida a sua condição de adquirente de boa-fé e a consequente impossibilidade de sua responsabilização por qualquer indenização*", bem como determinou a avaliação do imóvel (fls. 52/53). Alega, em síntese que: não se aplica ao presente caso o decidido no Conflito de Competência, uma vez que ora se debate uma arrematação e não as adjudicações promovidas pela Justiça do Trabalho; a agravante é terceira adquirente de boa fé e não pode ser afetada por qualquer nulidade da arrematação do referido imóvel; a recorrente sequer existia quando da arrematação do imóvel; a "TSC Engenharia Ltda." se retirou dos quadros da sociedade em julho de 2012, permanecendo inalterado o seu quadro societário desde então; quando adquiriu o imóvel, sequer havia Conflito de Competência; não praticou qualquer ato ilícito com nexo causal a ensejar os supostos danos à agravada, pois não promoveu o ato expropriatório considerado nulo, não foi beneficiária do preço pago pelo imóvel e tampouco arrematou o imóvel; a aquisição do imóvel ocorreu antes de qualquer procedimento visando a anulação da arrematação, quando eram inexistentes quaisquer vícios nos registros da cadeia dominial e que a carta de arrematação não continha qualquer ressalva.

Subsidiariamente, postula a limitação do objeto da perícia, bem como da indenização por perdas e danos, assentando que não foi declarada nula a avaliação do imóvel discutido na lide, arrematado a preço de mercado e sem decréscimo que possa se considerar indenizável; a nova avaliação judicial não pode incluir as benfeitorias efetuadas após a entrega do bem para o condomínio.

Efetuou-se o preparo.

Foi deferido o efeito suspensivo ao recurso (fls. 24).

O administrador judicial, na qualidade de representante da massa falida, apresentou contraminuta (fls. 30/40), na qual argumentou em apertada síntese que: peticionou na ação anulatória seu arquivamento ante a instauração do incidente de origem, que trata justamente de arrecadar e avaliar o bem imóvel em discussão; há provas documentais de que a agravante construiu o empreendimento no terreno pertencente à agravada; uma vez declarados nulos os atos iniciais de adjudicação ocorridos no juízo laboral, todos os atos subsequentes também são nulos, cabendo ao adquirente ressarcir o valor atualizado e integral do terreno à massa falida; os adquirentes foram intimados antes da decisão que declarou ineficazes os atos praticados pela Justiça do Trabalho e quedaram-se inertes; a adquirente é cônjuge do gerente geral da agravante e deliberadamente se ocultou para não receber a intimação; a recorrente foi previamente íntima do presente incidente e, de forma temerária, instituiu o condomínio edilício no terreno pertencente à massa falida, visando agora beneficiar-se da própria torpeza;

Acesso ao Sumário

há uma evidente confusão entre os adquirentes; o preço da arrematação perante a justiça laboral e as alienações entre elas foram efetuadas no mesmo preço.

O I. membro do "Parquet" apresentou manifestação pelo improvimento do recurso (fls. 250/252), assentando que: a agravante não é terceiro adquirente de boa-fé, existindo evidente confusão na cadeia de aquisição, pois todos os envolvidos estão ligados à arrematação do imóvel desde o início; mesmo ciente da propositura do conflito de competência bem como da ação anulatória a agravante prosseguiu na Constituição do condomínio no imóvel.

Houve oposição ao Julgamento virtual (fls. 28).

É o breve relatório.

2) Merece acolhimento o recurso. Cinge-se o presente recurso a determinar se a ora agravante adquiriu de boa-fé o imóvel localizado à Rua José Bonifácio, nº 1.680, bairro Olaria, Porto Velho/RO (matrícula registrada sob nº 9.075 no 2º Ofício de Registro de Imóveis de Porto Velho/RO, fls. 1171/1205 do incidente).

Argumenta a recorrente que adquiriu o terreno antes da propositura do Conflito de Competência, bem como da ação anulatória, e que inexiste relação direta entre os adquirentes a macular sua aquisição na qualidade de terceira de boa-fé.

O dolo processual apontado sobre a recorrente decorre da fraude à execução dos bens da falida, arguindo que à época da compra, não incidia sobre o bem qualquer gravame.

Com efeito, dispõe a **Súmula 375 do E. STJ:**

> "*O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.*"

No caso concreto, respeitado o entendimento da agravada e da representante do Ministério Público, presente sua boa-fé na aquisição do ativo.

Conforme se denota dos autos, o imóvel foi primeiramente arrematado na ação trabalhista nº 00319.2005.003.14.00-0 por "Celso Luiz Gonçalves Ribeiro", constando na carta de arrematação expedida em 12/09/2007 (fls. 64), bem como na matrícula (fls. 61), que este é casado com "Eivacir Pimentel Bertazzo".

Em seguida, em 25/08/2008 (fl.62), o bem foi transmitido à "TSC Engenharia Ltda". Dez dias depois, em 04/09/2008, foi convolada em falência a recuperação judicial da VASP (fls. 41/50), com compromisso do Administrador Judicial no dia seguinte (fls. 51).

Quase um mês depois, em 26/08/2008, houve nova transmissão do imóvel, agora para a ora agravante, na fração de 9/10, constando na matrícula que se reservava "[...]*a fração de 0,10000 (dez mil centésimos de milésmo), que corresponderão à futuras unidades: 403, 704, 1002 e 1201 da Torre 1 e 303, 604, 1102 e 1201 da Torre 2, com suas respectivas vagas de garagem ou de estacionamento, devidamente caracterizadas e descritas na referida escritura.*" (fl. 62).

Acesso ao Sumário

E somente em 20/10/2008 foi requerida a expedição de ofício para arrecadação do imóvel (fls. 54/55).

Desta forma, a aquisição pela agravante do referido imóvel ocorreu muito antes de que qualquer providência fosse tomada pela massa falida para arrecadação do bem.

Note-se que os atos preparatórios para a constituição do referido condomínio já haviam sido efetuados com a divisão do terreno, muito antes da concessão de liminares nos Conflitos de Competência nº 104.130/SP e 102.613/SP, determinando o sobrestamento das ações trabalhistas em março de 2009 (fls. 69/81).

Neste mesmo diapasão, a empresa agravante apenas teve indubitável conhecimento das contestações aos atos de alienação interpostos pela massa falida em 03/01/2012, ou seja, quase quatro anos depois das alienações, quando foi devidamente intimada por carta precatória (fls. 222).

Desta forma, irrelevante a relação de parentesco ou participação societária entre os subsequentes adquirentes no processo, pois não havia até aquele momento da aquisição nenhum óbice à arrematação judicial efetuada na seara trabalhista, que, repise-se, transcorria de forma autônoma sem qualquer óbice do procedimento recuperacional, e não há qualquer evidência concreta de que o reclamante trabalhista tinha relação com quaisquer dos demais adquirentes.

Cabe salientar que a regra contida no art. 903 do Código de Processo Civil tem por objetivo assegurar a boa-fé do adquirente, conforme preleciona **DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES:**

> "[...] *a assinatura do auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro torna perfeita, acabada e irretratável a arrematação. Essa norma visa conferir estabilidade à arrematação, protegendo o arrematante e impondo-lhe obrigação, como também buscando reduzir os riscos do negócio jurídico, propiciando efetivas condições para que os bens levados ao leilão público recebam melhores ofertas em benefício das partes do feito executivo e da atividade jurisdicional na execução.*" (***Novo Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*** **- Salvador: Ed. Juspodivum - 2 016 - pág. 1 426**).

Dessarte, os negócios jurídicos constantes na matrícula do bem estavam embasados em arrematação judicial perfeita e acabada, na qual não havia qualquer óbice do processo falimentar ou arrecadação de bens, não havendo sentido em considerar eventual má-fé dos envolvidos.

Ademais, o próprio Administrador Judicial da falida assenta, ao solicitar providências à vara trabalhista para bloqueio de valores naquele processo, a quem creditava a responsabilidade sobre eventuais perdas e danos à falida com a arrematação:

> "*Desta forma,* ***tanto a expedição do Auto de Arrematação e da***

Carta de Arrematação, quanto a averbação da mesma ocorreu em data posterior a aprovação e homologação do plano de recuperação judicial, frise-se que o plano foi aprovado por 100% dos credores trabalhista, *não sendo permitido que um credor trabalhista (Milton Carlos Brisard), mesmo após a aprovação e homologação do plano, por unanimidade da classe 1 (credores trabalhista),* ***leve um imóvel à praça com o intuito de receber seu crédito em detrimento da coletividade de credores da mesma classe, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (docs. 10 e 11)***.

Se este credor (Milton Carlos Brisard) discordava do plano deveria ter participado da Assembleia Geral de Credores, presencialmente ou representado, para votar contra a aprovação do plano de recuperação judicial apresentado, se não participou ou se participou e votou favoravelmente ao plano, ***não poderia dar prosseguimento na execução trabalhista para receber seu crédito, pois estaria ao mesmo tempo aprovando e não cumprindo aquilo que aprovou, o que, s.m.j., é um posicionamento incongruente, que não pode ser aceito, sob pena de tornar o instituto da recuperação judicial inócuo.***" (sic., fl. 85) (grifo e realce no original).

De rigor, portanto, o provimento do recurso para reconhecer a ilegitimidade da agravante para responder por eventual perdas e danos. Em face deste resultado, fica prejudicada a avaliação pretendida em primeira instância.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2226782- 94.2021.8.26.0000, da Comarca de Mirassol, em que é agravante C.S.A. INDÚSTRIA COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE MÓVEIS LTDA. ME, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

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 27742)**

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

São Paulo, 19 de janeiro de 2024.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE

CRÉDITO. GARANTIA. CESSÃO DE DIREITO CREDITÓRIO NÃO PERFORMADOS. CRÉDITO EXTRACONCURSAL. ART. 49, §3º DA LEI Nº 11.101/05. INDIVIDUAÇÃO DOS TÍTULOS REPRESENTATIVOS DA GARANTIA. DESNECESSIDADE. PARA A PERFECTIBILIZAÇÃO DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO BASTA A IDENTIFICAÇÃO DO CRÉDITO, OBJETO DE CESSÃO. PRECEDENTES. ORIGEM DO CRÉDITO CONCURSAL DEMONSTRADA PELOS DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão de fls. 1206/1208 dos originais, que julgou parcialmente procedente a impugnação de crédito apesentada pelo Banco do Brasil, *para retificar o seu crédito no Quadro Geral de Credores da Recuperação Judicial de CSA INDÚSTRIA, COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE MÓVEIS LTDA na categoria QUIROGRAFÁRIA, pela quantia de R$ 2.422.265,56*, sob o seguinte fundamento:

> "O processo comporta julgamento no estado em que se encontra por envolver somente questão de direito.
> Conforme ressaltado pela Administradora Judicial, o Perito Contador evidenciou que das operações pretendidas como créditos integralmente quirografários, foram legitimados os saldos devedores constituídos e comprovados por meio dos demonstrativos e extratos de contas correntes das operações pactuadas sob nºs 11105679, 151011077, 151011120, 113354497 e 24500, deixando de legitimar os créditos pretendidos como quirografários nos valores de R$ 11.590,00 e R$ 2.093,37, no valor total de R$ 13.683,37, por evidenciar a ausência de movimentação em extratos dos referidos valores.
> No mais, em relação às operações pretendidas como extraconcursais, o Perito Contador identificou a legitimidade do saldo devedor de R$ 42.536,35 na operação nº35/57982-x (40/00967-X) e do saldo devedor de R$ 87.471,05 na operação n° 35/5804-6(40/01141-0), a serem consideradas integralmente extraconcursais, assim como a operação n°1510133688, cujo saldo devedor não foi informado pelo banco, visto que nas referidas operações foram indicadas e especificadas as garantias fiduciárias, havendo também os respectivos registros no cartório do domicílio da devedora.
> Por fim, no tocante à operação n° 151011086, o Perito Contador identificou que referida operação foi pactuada mediante constituição de garantia limítrofe ao percentual mínimo de 22,40%, ressaltando que a natureza

Acesso ao Sumário

da garantia exige a vinda aos autos do extrato de conta vinculada que comprova o crédito em favor do banco impugnante a garantir o saldo devedor havido sobre a operação, que também não consta nos autos. Nesse sentido, diante da ausência da legitimidade da garantia, mas, com a consequente e legítima evolução do saldo devedor, o Perito Contador indicou o valor de R$ 70.814,19 como crédito quirografário para referida operação.

Assim, de rigor o parcial acolhimento das alegações do credor impugnante, nos termos da manifestação da Administradora Judicial de fls. 1187/1192, tomando-se por base o parecer técnico do Perito Contador de fls. 1193/1205, devendo o crédito ser incluído no Quadro Geral de Credores pela quantia de R$ 2.422.265,56 na categoria quirografária.

Diante de todo o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente Impugnação de Crédito oposta pelo **BANCO DO BRASIL S/A** para retificar o seu crédito no Quadro Geral de Credores da Recuperação Judicial de **CSA INDÚSTRIA, COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE MÓVEIS LTDA** na categoria QUIROGRAFÁRIA, pela quantia de R$ 2.422.265,56.

Sem custas e sem honorários, pela natureza da presente."

Insurge-se a recuperanda, sustentando, em síntese, que: a) o crédito foi majorado de R$821.111,47 para R$2.422.265,56, sem qualquer comprovação, pois os contratos unilateralmente confeccionados não demonstram a quantia indicada; b) os contratos estão desacompanhados dos extratos; c) a agravante não foi intimada para se manifestar sobre os extratos apresentados, em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa; d) as operações que originaram os créditos concursais não possuem requisitos legais necessários para eficácia da aludida garantia fidejussória; e) a necessidade de especialização está prevista no art. 1362, IV, do CC, enquanto a publicidade do negócio, no art. 1362, §1º, do mesmo código; e f) em momento algum, o banco agravado relacionou as duplicatas, vencimentos, valores e data de emissão, ou seja, não estão presentes quaisquer elementos de individualização da garantia, fazendo, apenas, mera menção genérica de 'cédula de crédito'.

Agravo de instrumento processado, sem pedido liminar (pp. 13).

Manifestação do Administrador Judicial às pp. 17/25.

Contraminuta às pp. 27/33.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça às pp. 38/39, opinando pelo não provimento do recurso.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

Julgamento conjunto com o Agravo de Instrumento nº 2218639-19.2021.8.26.0000, interposto pelo credor contra a mesma decisão.

É o relatório.

No tocante aos créditos com garantia de alienação fiduciária, não obstante os argumentos trazidos pela agravante, o recurso não deve ser provido.

Acesso ao Sumário

O Ministro Luis Felipe Salomão e o Prof. Paulo Penalva Santos definem a alienação fiduciária em garantia como "*o negócio jurídico por meio do qual o credor passa a ter a propriedade resolúvel e a posse indireta - o que lhe confere mecanismos eficazes no caso de não cumprimento da obrigação -, enquanto o devedor, que é o depositário, fica com a posse direta e torna-se, uma vez cumprida a obrigação, proprietário pleno e possuidor da coisa*" (Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência - Teoria e Prática; 3ª edição; 2017; São Paulo; Ed. Forense).

Nesse diapasão, os credores garantidos por alienação fiduciária não se submetem à recuperação judicial, uma vez que os mesmos são proprietários dos bens que os garantem. Conforme ensinamento do mestre Orlando Gomes (*in* Alienação Fiduciária em Garantia; 2ª ed; 1971; São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais; p. 21): "*A alienação fiduciária em garantia é negócio jurídico consistente na transmissão de propriedade, limitada por uma relação obrigacional que distorce o fim natural do contrato translativo. A alienação é meio para alcançar o fim de garantia. Desnatura-se porque se destina a um fim menor do que decorre de sua causa e constitui uma propriedade temporária. Na formação desse negócio jurídico, conjugam-se dois vínculos: O de transmissão da propriedade e o do seu retorno ao patrimônio do transmitente*" (sublinhei). Na mesma obra (p. 21), ainda aponta que: "*Do negócio de alienação fiduciária nasce uma relação jurídica entre fiduciante e fiduciário, que se distingue pelo fator confiança. O fiduciante confia em que voltará a ser dono da mercadoria no momento em que pagar a dívida. Ao celebrar o negócio translativo, tem a intenção de recuperar o domínio da coisa alienada em garantia, bastando, para reavê-la, que cumpra a obrigação, expectativa que nutre ao contraí-la*".

Não se pode olvidar a intenção do legislador ao introduzir a alienação fiduciária em garantia em nosso ordenamento jurídico, qual seja, proporcionar maior segurança ao negócio jurídico, especialmente aos financiamentos bancários.

Incluir os credores fiduciários na recuperação judicial mudaria por completo o cenário traçado pelas partes quando da celebração do contrato de financiamento, sem qualquer alteração legislativa, anote-se.

O acolhimento da pretensão da recuperanda elevaria o risco do negócio, prejudicando futuras negociações com os tomadores de empréstimos, o que inviabilizaria a continuidade de inúmeras empresas, causando um colapso na economia nacional.

Isso porque, é sabido que as taxas de juros aplicadas para empréstimos com garantia de alienação fiduciária são muito inferiores do que as aplicadas aos convencionais.

Ainda sobre a importância da manutenção da garantia, transcrevo trecho da obra "Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência - Teoria e Prática" (SA-

Acesso ao Sumário

LOMÃO, Luis Felipe e SANTOS, Paulo Penalva; 3ª edição; 2017; São Paulo; Ed. Forense, p. 230):

> "A matéria em exame é de extrema relevância, porquanto gravitam em torno dela dois interesses em conflito: o da sociedade em recuperação judicial e o do credor, instituição financeira, que recebeu títulos de crédito em garantia fiduciária em contrato de abertura de crédito.
> Cumpre ressaltar, para logo, que, tratando-se de recuperação judicial, o interesse imediato de entrada de capital no caixa da empresa recuperanda, embora aparente o contrário, muitas vezes não significa a melhor solução para a manutenção da empresa, notadamente quando tal providência testilha com direitos de credores eleitos pelo sistema jurídico como de especial importância.
> Isso porque, se as garantias conferidas aos credores, principalmente instituições financeiras, forem gradativamente minadas por decisões proferidas pelo Juízo da recuperação, é a própria sociedade em recuperação que poderá sofrer as consequências mais sérias, por exemplo, não conseguindo mais crédito junto ao sistema financeiro.
> **Por isso a importância de que as decisões proferidas no âmbito da recuperação judicial devem, sempre e sempre, ser precedida de uma detida reflexão acerca de suas reais consequências, para que não se labore exatamente na contramão do propósito de preservação da empresa**."

Quanto à garantia de recebíveis, especificamente, o art. 18, IV, da Lei Federal n.º 9.514/1997 (aplicável em razão do art. 66-B, § 4º, da Lei Federal n.º 4.728/1965, com redação dada pela Lei 10.931/19), dispõe sobre a necessidade de identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.

Todavia, revendo posicionamento anterior sobre a questão, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a exegese dos aludidos dispositivos legais é no sentido de que a exigência legal relativa à especificação refere-se ao crédito propriamente dito, e não ao título que o representa; e a garantia da cédula de crédito bancário, por expressa disposição legal (arts. 30 e 31 da Lei 10.931/2004), pode ser constituída por crédito a perfomar, o que, per si, inviabiliza a especificação do correlato título, já que ainda não emitido (AgInt nos EDcl no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1816967- PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 31/08/2020).

Ainda sobre o tema da individualização das garantias, veja-se precedente desta Câmara Reservada de Direito Empresarial, cujo teor converge com a jurisprudência do STJ (Agravo de Instrumento nº 2279581-51.2020.8.26.0000, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 02/03/2022):

> "Recaindo a cessão fiduciária sobre recebíveis futuros, não performados, é mesmo impossível a especificação dos títulos que constituem o lastro da garantia. Os borderôs hoje eletrônicos - , as listagens de duplicatas, de cheques, de canhotos de cartões de crédito, serão feitos

Acesso ao Sumário

paulatinamente, ao longo da relação creditícia. ***Ad impossibilita nemo tenetur***: no momento que se contrata a alienação fiduciária de crédito, não há como especificar as garantias, ditas ainda não performadas.
Na doutrina de RUI GUIMAMARÃES PICELLI e WANNER FERREIRA FRANCO:
'Conforme já se observou no item anterior, a porta de entrada, no ordenamento jurídico brasileiro, da cessão fiduciária sobre bens futuros (recebíveis) foi a Lei 9.514/1997.
O inciso II do artigo 17 da referida norma estabelece claramente que o objeto da cessão fiduciária são os direitos creditórios (portanto, os recebíveis).
É fundamental esclarecer que o objeto da garantia não são os títulos (estes são apenas os representativos dos 'créditos cedidos').
Isso fica bem claro quando da leitura do artigo 19, inciso I, quando trata dos direitos do credor fiduciário, veja:
Art. 19. Ao credor fiduciário compete o direito de:
I - conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente; [...].
Por isso o artigo 18, inciso IV, estabelece que o contrato de cessão deve indicar os direitos creditórios. Aqui, a norma não estabelece que o contrato indique os títulos, apenas os direitos creditórios.
Não se deve deixar de registrar que, nessa época de vigência da Lei 9.514/1997, a cessão fiduciária de recebíveis era restrita à atividade empresarial do ramo imobiliário.
A ampliação do instituto para as demais atividades econômicas se deu a partir da Lei 10.931/2004, que introduziu, conforme já mencionado anteriormente, o artigo 66-B na Lei 4.728/1965.
O § 3º do artigo 66-B admite a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e, nos termos do artigo 83, III, do Código Civil de 2002, as obrigações pessoais são consideradas bens móveis por determinação legal.
(...)

A válida e eficaz constituição do direito real em garantia independe de identificação de cada título de crédito cedido, posto que, conforme já se demonstrou anteriormente, e seguindo a imposição normativa, o objeto da cessão fiduciária não são os títulos de crédito ou quaisquer outros documentos representativos de créditos.
O objeto da cessão fiduciária, neste caso, são os recebíveis. Exatamente por se tratar de recebíveis futuros é inviável a identificação de cada título de crédito cedido. Exigir esse tipo de identificação é chancelar a inutilidade da lei, posto que jamais seria possível realizar cessão fiduciária em garantia de recebíveis em virtude de, no momento do contrato, esses títulos ainda não existirem.
Nesse sentido é a advertência de Fábio Ulhoa Coelho em parecer sobre o tema; confira-se:

Acesso ao Sumário

A rigor, nem poderiam ser identificados por ainda não existirem no momento em que são fiduciariamente cedidos. E, como destacado no Parecer, nada há de irregular, ilícito ou estranho a cessão de direito ainda inexistente, porque a operação se insere no contexto de uma atividade empresarial; aliás, da própria atividade empresarial financiada mediante garantia dos recebíveis que ela mesma pode gerar.

(...) **(Cessão Fiduciária Sobre Bens Futuros e a Desnecessidade de Identificação e de Registro de Cada Título de Crédito Cedido, in: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 79/2018, págs. 243/252; grifei).**

No mesmo sentido, recentes julgados do STJ:

"EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. DESNECESSIDADE. PREQUESTIONAMENTO. REQUISITO ATENDIDO. CONHECIMENTO DO RECURSO. POSSIBILIDADE. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS. INSTRUMENTO CONTRATUAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DOS TÍTULOS. DESNECESSIDADE. NÃO SUJEIÇÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISSONÂNCIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REGISTRO DO CONTRATO. PRESCINDIBILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. (...)

4. O acórdão recorrido deu provimento ao agravo de instrumento sob o fundamento de que a ausência de individualização dos títulos objeto da cessão fiduciária sujeita os créditos à recuperação judicial.

5. É dispensável a discriminação individualizada de todos os títulos representativos do crédito para perfectibilizar o negócio fiduciário, ante a inexistência de previsão legal e a impossibilidade prática de determinação de títulos que eventualmente não tenham sido emitidos no momento da cessão fiduciária. Precedentes.

6. A cessão fiduciária de créditos afasta a sujeição dos títulos transferidos aos efeitos da recuperação judicial. Precedentes.

7. É dispensável o registro do contrato de cessão fiduciária de créditos, cuja transferência é efetivada no momento da contratação. Precedentes. 8. Agravo interno não provido.' **(AgInt no AREsp 1.575.797, MOURA RIBEIRO**; grifei).

'AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. CESSÃO FIDUCIÁRIA. ESPECIFICAÇÃO DO TÍTULO. DESNECESSIDADE. DOCUMENTO NOVO. FASE

Acesso ao Sumário

RECURSAL. JUNTADA. CONTRADITÓRIO. OBSERVÂNCIA. POSSIBILIDADE. (...)

2. A perfectibilização do negócio fiduciário, capaz de excluir o credor titular da posição fiduciária dos efeitos da recuperação judicial, não exige a indicação precisa dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, bastando para tanto a identificação do crédito objeto de cessão.

3. A jurisprudência desta Corte Superior admite a juntada de documento novo, mesmo em fase recursal, desde que respeitados os princípios da boa-fé e do contraditório. Precedentes. 4. Agravo interno não provido' (A**gInt no AREsp 1.569.510, RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA; grifei**)

Refiro-me, ademais, a acórdão desta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial em julgamento de 5/8/2020, em que declarei voto concordante com o do relator, Desembargador AZUMA NISHI:

'AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. Decisão de primeiro grau rejeitou a impugnação para determinar a manutenção da integralidade do crédito do impugnante, no valor de R$ 259.473,49, na classe dos quirografários. Preliminares rejeitadas. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Fatos controvertidos dependem de comprovação meramente documental. Possibilidade de julgamento antecipado do mérito. Classificação do crédito. Cédula de Crédito Bancário garantida por cessão fiduciária de direitos creditórios sobre duplicatas mercantis. Desnecessária a identificação dos títulos que instrumentalizam os creditórios cedidos em garantia. Objeto da cessão fiduciária são os direitos creditórios que a fiduciante irá adquirir, e não os documentos que apenas os instrumentalizam. Registro do contrato de cessão fiduciária de direitos creditórios é suficiente para a regular constituição da garantia. Reconhecimento da natureza extraconcursal do montante objeto da cessão fiduciária em garantia. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.'

Concluindo, no tocante aos valores questionados pela recuperanda, a r. decisão deve ser mantida.

Nesses termos, **nega-se provimento ao agravo de instrumento**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2022867-84.2022.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante RE-

GINALDO FERREIRA DA SILVA, é agravado EVACON EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.

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 na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14324)**

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

São Paulo, 11 de janeiro de 2024.

AZUMA NISHI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. Decisão que determinou que o autor providencie o solicitado pelo i. Perito Judicial. Inconformismo do autor. Alegação de incompetência do Juízo recuperacional. Impossibilidade de apreciação. Inexistência de prévia decisão proferida pelo Juízo a quo a respeito da matéria. Análise que culminaria não só em nítida supressão de instância, como em violação ao efeito devolutivo dos recursos. Mérito. Perda superveniente do objeto. Retomada da marcha processual, inclusive, com a exposição de dois memoriais de cálculo distintos a respeito do crédito tutelado elaborados pelo i. Perito Judicial. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fl. 164, que, nos autos da HABILITAÇÃO DE CRÉDITO proposta por **REGINALDO FERREIRA DA SILVA** em face de **EVACON EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.**, determinou que o autor providenciasse o quanto solicitado pelo i. Perito Judicial às fls. 110/111.

Irresignado, o recorrente sustenta, em síntese, que o cumprimento do comando judicial exarado não se revela possível, vez que não há créditos anteriores ao ajuizamento do pedido de recuperação judicial.

Pondera que a apresentação dos cálculos de forma mensal e analítica já se encontra encartada aos autos às fls. 72/81.

Versa que a origem de seus créditos remonta fato gerador ocorrido em momento posterior à propositura de pedido de recuperação judicial, de modo

Acesso ao Sumário

que deve ser executado perante a própria Justiça Laboral.

Aduz ser necessária a intervenção desta C. Turma Julgadora, a fim de que se decida, incidentalmente, se o Juízo Recuperacional é competente para o processamento da habilitação de crédito, uma vez que seu fato gerador remonta período posterior ao ajuizamento do pedido de recuperação judicial.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta, pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja declarada a incompetência do D. Juízo Recuperacional para o processamento da habilitação de crédito. Subsidiariamente, requer que seja determinada a emissão de extrato contábil com base nos cálculos de fls. 72/82, sem o atendimento das solicitações do i. *expert* formuladas às fls. 110/111 e 128/130.

O recurso é tempestivo e o preparo recursal foi dispensado, haja vista ser a parte recorrente beneficiária de justiça gratuita, conforme evidencia fl. 104 dos autos de origem.

A agravada apresentou contraminuta às fls. 207/215.

O administrador judicial não prestou informações, conforme evidencia certidão de fl. 194.

A D. Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 239/241, por meio do qual opinou pelo provimento do recurso.

Ausente pedido de efeito suspensivo, processou-se o recurso apenas com efeito devolutivo.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório do necessário.

1. O recurso não comporta provimento, na parte conhecida.

2. O pedido relativo à declaração de incompetência do Juízo recuperacional para o processamento da presente habilitação de crédito não reúne os requisitos necessários para ser apreciado neste momento processual.

A análise dos autos de origem indica que o D. Juízo de primeiro grau jamais proferiu qualquer decisão concernente à sua competência para o julgamento deste feito, em que pese tenha intimado as partes a manifestarem-se a respeito da questão por meio de despacho de fls. 154/155.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, ausente decisão prévia proferida acerca do tema pelo Juízo *a quo*, revela-se inviável a apreciação da matéria por este E. Tribunal de Justiça neste momento processual, sob pena de não só se incorrer em nítida supressão de instância, mas também de ferir o efeito devolutivo dos recursos.

Desse modo, levando-se em consideração a ausência de qualquer manifestação anterior pelo D. Juízo de primeira instância a respeito de sua competência para o julgamento do feito, não se revela passível de conhecimento parcela deste recurso que trata sobre a matéria.

3. Aparada tal aresta processual, no mérito, melhor sorte não socorre o agravante.

A análise dos autos de origem indica que as partes já avançaram na discussão da lide, tendo sido elaborados dois cálculos distintos pelo i. Perito Judicial a respeito do crédito ora tutelado (fls. 380/383 e 409/414), situação que, em princípio, esvazia a insurgência manifestada em face da r. decisão agravada, que determinou a apresentação dos documentos requeridos pelo *expert*, e, via de consequência, culmina na perda superveniente do objeto deste agravo de instrumento.

Nota-se, contudo, que as partes têm enfrentado certa dificuldade em definir a natureza do crédito, se concursal ou extraconcursal, sobretudo por ter o crédito derivado de sentença proferida pela Justiça Laboral.

Nesse sentido, com o intuito de auxiliar a resolução da controvérsia, reputo adequado tecer algumas considerações sobre o entendimento jurisprudencial vigente acerca do tema.

A Lei n.º 11.101/05 determina, em seu artigo 49, que todos os créditos existentes por ocasião do pedido de recuperação judicial, ainda que não vencidos, são a ela submetidos e poderão, portanto, ser abrangidos pelo plano de soerguimento da empresa.

A fim de definir, a partir da interpretação do aludido dispositivo, se a existência do crédito é determinada pela data de seu fato gerador ou pelo trânsito em julgado da sentença que o reconhece, a 2ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, em 06.05.2020, afetou os Recursos Especiais n.º 1.843.332/RS, 1.842.911/RS, 1.843.382/RS, 1.840.812/RS e 1.840.531/RS como representativos da controvérsia (Tema 1051).

A tese definida pela Corte Superior, em sessão realizada em 09.12.2020, com acórdão publicado em 17.12.2020, foi a de que "*para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera-se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador*".

Na oportunidade do julgamento submetido à sistemática dos recursos repetitivos, restou assentado que "*a existência do crédito está diretamente ligada à relação jurídica que se estabelece entre o devedor e credor, o liame entre as partes, pois é com base nela que, ocorrido o fato gerador, surge o direito de exigir a prestação (direito de crédito). Assim, a prestação do trabalho, na relação trabalhista, faz surgir o direito ao crédito [...]*."

Ademais, tratando-se especificamente de créditos decorrentes de acidente de trabalho, assim já decidiu o A. Tribunal Superior:

> *AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.* ***ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATO LESIVO ANTERIOR AO DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUBMISSÃO DO CRÉDITO AO PLANO****. SÚMULA 83/STJ.*

Acesso ao Sumário

AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO E DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. Agravo interno contra decisão da Presidência que não conheceu do agravo em recurso especial, em razão da falta de impugnação específica de fundamento decisório. Reconsideração.

2. O crédito decorrente de responsabilidade civil por fato anterior à recuperação judicial deve ser habilitado no quadro geral de credores da sociedade em recuperação, ainda que reconhecido em sentença judicial posterior ao pedido de recuperação. Precedentes.

3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "Para os fins do art. 49, caput, da Lei 11.101/05, a constituição do crédito discutido em ação de responsabilidade civil não se condiciona ao provimento judicial que declare sua existência e determine sua quantificação" (REsp 1.727.771/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe de 18/05/2018).

4. Agravo interno provido para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial.[1] (Grifos não originais).

Tendo em vista que o D. Juízo de primeira instância ainda não se manifestou a respeito da natureza do crédito tutelado por meio deste feito, o que deverá fazer com base nas premissas acima expostas, não se afigura possível que este E. Tribunal de Justiça, desde logo, emita qualquer juízo de convicção sobre a natureza do crédito detido pelo recorrente.

Desse modo, considerando que a insurgência relacionada à decisão agravada não mais subsiste, o que, inclusive, resta corroborado pela retomada da marcha processual e apresentação de dois memoriais de cálculo distintos pelo i. Perito Judicial, julgo prejudicado o mérito do recurso, na parte conhecida.

4. Externadas tais considerações, em suma, nego provimento ao recurso, na parte conhecida.

Ainda, por oportuno, consideram-se, desde logo, prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais, implícita ou explicitamente, considerados na elaboração do presente acórdão.

Em que pese este prévio prequestionamento, na hipótese de serem opostos embargos de declaração ao acórdão, seu julgamento se dará necessariamente em ambiente virtual (em sessão não presencial ou tele presencial) de forma a permitir melhor fluidez aos trabalhos forenses, ainda mais neste período de pandemia.

5. Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, na parte conhecida.

Acesso ao Sumário

1 (AgInt no AREsp n. 1.608.957/GO, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 4/5/2020, DJe de 18/5/2020.)

Declaração de Voto Convergente

(Voto nº 19.610)

I. Concordo com o digno desembargador relator, assinalada a natureza acessória dos procedimentos de verificação de crédito, tal qual previsto nos artigos 8º e 9º da Lei 11.101/2005, não sendo dado discutir a consursalidade ou extraconcursalidade de um crédito fora do próprio procedimento concursal.

Além disso, a documentação solicitada pelo perito judicial tem a finalidade de dar segurança a quantificação do crédito discutido, derivado de indenização decorrente de acidente do trabalho, nada tendo de extraordinária e imprópria sua requisição.

Os posteriores demonstrativos elaborados pelo expert indicam, também, certa dificuldade na fixação dos marcos temporais necessários ao cálculo das verbas acessórias e respaldam a exigência de documentação.

II. Razão não assiste à parte recorrente, motivo pelo qual fica negado provimento ao recurso na parcela conhecida

FORTE BARBOSA, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2308816-58.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOÃO FRANCISCO FEITAL CHAVES, é agravado GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com anotação V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.520)**

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

São Paulo, 8 de fevereiro de 2024.

LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Ônus da produção de prova pericial. Executada que reiteradamente alega impossibilidade técnica de cumprimento da obrigação de fazer, com pretensão de conversão da determinação em perdas e danos. Prova de seu interesse. Reconhecimento de litigância de má-fé com imposição de multa. Recurso

Acesso ao Sumário

provido.

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento tirado da decisão de pág. 290 da origem e que reconsiderou anterior decisão para determinar o rateio no custeio das despesas relativas aos honorários periciais.

O autor agravante persegue a reforma da decisão ao argumento de que se trata de prova de interesse da parte requerida, que pleiteou a produção da prova e a quem se impôs o cumprimento da obrigação de fazer.

Deferida a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, a fim de evitar a preclusão da produção da prova pela ausência de recolhimento o valor relativo aos honorários periciais devidos pelo agravante, o recurso foi processado com resposta (págs. 28/35).

Consta manifestação de oposição ao julgamento virtual (pág. 26).

É o relatório.

Nada impede o conhecimento do agravo de instrumento.

Ainda que a requerida tenha sempre manifestado a impossibilidade de cumprimento da obrigação de fazer, decisões anteriores sujeitaram a conversão da obrigação em perdas e danos à efetiva demonstração do impedimento.

Logo, mesmo que não se trate de prova pleiteada pela requerida, que agora sustenta a desnecessidade da produção da prova pericial, afirmando que o fato não exige intervenção de perícia técnica, é prova que interessa à comprovação da alegação da requerida para a eventual conversão da obrigação em perdas e danos.

Note-se, aliás, que a decisão de págs. 195/196 é que definiu a obrigação de custeio da despesa de perícia pela parte executada, fundamentada no ônus probatório a ela imposto.

Assim, ao renovar a discussão da matéria com a petição de págs. 267/273, a parte executada está a vulnerar a preclusão, bem como a praticar ato infundado e com claro propósito de resistir ao andamento do processo, em expediente de litigância de má-fé.

Note-se ainda que o cumprimento de sentença tem por objeto a parcela do julgado em que sucumbiu a ré, de modo que a ela devem ser impostos os ônus das provas produzidas no incidente, diante do que não pode subsistir o fundamento da decisão recorrida.

Por todo o exposto, a pretensão recursal deve ser acolhida, mantendo-se a imposição do ônus sucumbencial à executada, impondo-se a ela multa pela litigância de má-fé, no valor de dez salários mínimos, conforme o disposto no artigo 81, § 2º, do CPC.

O voto é pelo PROVIMENTO do recurso, com anotação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2070260-05.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante G. J. DO A., é agravada D. S. DO A..

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.570)**

O julgamento teve a participação dos Exmos.Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente sem voto), JANE FRANCO MARTINS E GALDINO TOLEDO JÚNIOR.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2024.

DANIELA CILENTO MORSELLO

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C.C. PARTILHA DE BENS.

1. Decisão que rejeitou a impugnação à gratuidade da justiça concedida à autora e julgou parcialmente o mérito para determinar a partilha entre as partes da totalidade das quotas representativas do capital social da sociedade empresária constituída durante a vida em comum e reconhecer o direito da demandante ao percebimento de metade dos dividendos correspondentes às quotas sociais partilhadas. Irresignação do requerido.

2. Rejeição da impugnação à gratuidade da justiça que não se enquadra no rol taxativo do art. 1.015 do CPC. Inaplicabilidade da tese de taxatividade mitigada. Ausência de risco de inutilidade do julgamento da questão em recurso de apelação. Recurso não conhecido nesse ponto.

3. Competência do Juízo da Família para reconhecer o direito ao percebimento de dividendos de sociedade constituída na constância da vida em comum. Efeito patrimonial da dissolução do vínculo conjugal, em face do regime matrimonial de bens. Incidência do art. 1.027 do CC. Dispositivo legal não revogado pelo parágrafo único do art. 600 do CPC. Agravada que,

Acesso ao Sumário

embora não detenha a condição de sócia, tem o direito de receber metade dos dividendos auferidos pelo agravante no período compreendido entre a data da separação de fato do casal e a do efetivo pagamento de seu quinhão na participação societária.
4. Recurso desprovido na parte conhecida.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão (fls. 1.235/1.240 dos autos de origem), que, em ação de reconhecimento e dissolução de união estável c.c. partilha de bens, rejeitou a impugnação à gratuidade da justiça concedida à autora e julgou parcialmente o pedido para determinar a partilha entre as partes da totalidade das quotas representativas do capital social da sociedade *Blue Chip Participações BCP Ltda*., reconhecendo o direito da ex-companheira ao percebimento de metade dos dividendos auferidos pelo réu no período compreendido entre a separação de fato das partes e a data do efetivo pagamento de seus haveres.

Sustenta o agravante, em suma, que a agravada possui plenas condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo de seu próprio sustento, sendo pessoa jovem, com formação superior em publicidade e propaganda, o que lhe garante sólida posição no mercado de trabalho, tanto que nos autos da ação de alimentos (processo nº 1056430-51.2020.8.26.0002), ela acostou o contrato de prestação de serviços com comprovação de recebimento de renda fixa mínima de R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), com acréscimos de acordo com os serviços prestados. Além disso, ela constituiu empresa própria e, no ano de 2.021, ocupou cargo de gerente de vendas na empresa de comércio online de artigos de luxo seminovos, percebendo renda de elevada monta. Argui, ainda, incompetência do juízo no que tocante à divisão periódica dos lucros da sociedade empresária *Blue Chip Participações BCP Ltda*, pois envolve matéria estritamente da seara civil, de natureza societária. Subsidiariamente, alega a inaplicabilidade do artigo 1.027 do Código Civil, de modo que não faz jus a agravada aos lucros distribuídos após a separação de fato, sob pena de a sociedade ser condenada, indevidamente, a quitar duas vezes o montante a que pretende. Refere que, na remota hipótese de se manter a aplicação do supramencionado artigo, o período da divisão dos lucros deve ser limitado à data da separação de fato das partes (08 de maio de 2.018).

O pedido de concessão de feito suspensivo ao recurso foi indeferido (fls. 255/257) e a agravada apresentou contraminuta (fls. 267/286). Posteriormente, ela informou o sentenciamento do feito, postulando o não conhecimento do agravo.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

As hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento estão elencadas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, estando aquela relacionada às benesses da gratuidade da justiça prevista no inciso V, *in verbis*:

"Art. 1.015 - Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;".

Portanto a decisão que rejeita a impugnação à gratuidade da justiça concedida a uma das partes não se enquadra no supramencionado dispositivo legal.

Certo é que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp nº 1696396 e nº 1704520, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema nº 988), considerou possível a mitigação da taxatividade desse rol legal em casos de urgência ao fixar a seguinte tese jurídica: *"O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação."* (REsp 1696396/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 05.12.2018, DJe 19.12.2018).

No caso em testilha, contudo, não se vislumbra hipótese de mitigação da taxatividade do rol previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, porquanto não configurado o requisito da urgência, podendo a matéria ser perfeitamente rediscutida no bojo do recurso de apelação, o que, inclusive, já foi feito pelo agravante (fls. 2.114/2.127 dos autos de origem), com a devida apreciação por esta C. Câmara (fls. 2.326/2.335 dos autos de origem)

A propósito, em caso análogo, já decidiu esta Colenda 9ª Câmara de Direito Privado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Insurgência contra decisão que, nos autos de ação pauliana, rejeitou impugnação à gratuidade da justiça concedida a um dos corréus. Hipótese não contemplada no artigo 1.015 do CPC. Não evidenciada urgência ou irreparabilidade em seu conteúdo, a justificar pronta apreciação. Recurso não conhecido (CPC, artigo 932, inciso III). Decisão mantida. RECURSO NÃO CONHECIDO." (Agravo de Instrumento nº 2132303-75.2022.8.26.0000; Relator Márcio Boscaro; j. 28.07.2022)).

Por isso, não se conhece do recurso no que tange a esse ponto.

Por outro lado, conhece-se do agravo de instrumento em relação à parte da decisão impugnada que julgou parcialmente o mérito da demanda (art. 1.015, II, CPC), não ensejando a perda superveniente do objeto o posterior julgamento do feito, uma vez que a sentença não reapreciou a questão.

A r. decisão agravada foi proferida nos seguintes

termos:

"...In casu, porque a sociedade Blue Chip Participações BCP Ltda. foi

Acesso ao Sumário

constituída na constância do casamento, fato incontroverso, a respectiva participação societária integra o patrimônio comum, na forma do artigo 1.658 do Código Civil, sendo irrelevante, para fins de partilha, a posterior exclusão da autora do quadro de sócios.

Sendo assim, à autora assiste o direito de: (a) exigir a metade dos dividendos auferidos pelo réu no período compreendido entre a separação de fato das partes e a data do efetivo pagamento de seus haveres;

(b) postular, por meio de demanda própria, a apuração de seus haveres, na forma dos artigos 599 a 609 do Código de Processo Civil. A data da separação de fato das partes deve ser considerada como termo inicial do direito a dividendos.

Ressalto que o direito da autora não decorre de sua condição pretérita de sócia da sociedade, mas se funda exclusivamente no regime de bens do casamento; logo, este juízo é competente para julgar o pedido de partilha da participação societária. Por outro lado, ultimada a partilha, subsiste entre as partes relação jurídica de natureza estritamente patrimonial, não inserida na esfera de competência deste juízo especializado (Vara da Família e das Sucessões), consoante artigo 37 do Código Judiciário do Estado de São Paulo, de modo que a liquidação e execução dos dividendos e dos haveres a que a autora faz jus deverá ser objeto de demanda própria perante o juízo comum. Cito, nesse sentido, precedente do E. Tribunal de Justiça, exarado em caso análogo:

(...)

Pondero, ainda, que a partilha da participação societária, fundada no regime de bens do casamento, não confere à autora direito ao exercício da administração da sociedade ou à percepção mensal do valor de R$ 19.000,00. Inviável, ainda, a concessão de tutela provisória para antecipação de dividendos, porque estes não serão apurados na presente demanda. Mantenho, assim, a decisão de fl. 429, quanto ao indeferimento dos pedidos de tutela de urgência formulados a fls. 60/62.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 356, I e II, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente o mérito, para partilhar entre as partes, à proporção de metade para cada, a totalidade das quotas representativas do capital social da sociedade Blue Chip Participações BCP Ltda., assistindo à autora, por conseguinte, o direito de: (a) exigir a metade dos dividendos auferidos pelo réu no período compreendido entre maio de 2018 e a data do efetivo pagamento de seus haveres; (b) postular, por meio de demanda própria, a apuração de seus haveres, na forma dos artigos 599 a 609 do Código de Processo Civil."

Pois bem.

Afasta-se a alegação de incompetência do Juízo da Família para a deter-

Acesso ao Sumário

minação de divisão periódica dos lucros da sociedade constituída na constância do casamento, uma vez que a autora formulou pedido de partilha das quotas sociais da empresa Blue Chip Participações BCP Ltda., tendo a magistrada determinado a aplicação do artigo 1.027 do Código Civil, como efeito patrimonial da dissolução da união estável, não envolvendo qualquer questão de natureza societária.

Portanto, a matéria se enquadra no rol insculpido no artigo 37, I, do Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-Lei Complementar nº 3/69), *in verbis*:

> *"**Artigo 37** - Aos Juízes das Varas da Família e Sucessões compete: I - processar e julgar: a) as ações relativas a estado, inclusive alimentos e sucessões, seus acessórios e incidentes; b) os inventários, arrolamentos e partilhas, bem como a divisão geodésica das terras partilhadas e a demarcação dos quinhões."*

No que tange ao mérito, não há insurgência recursal no tocante à determinação de partilha entre as partes da totalidade das quotas representativas do capital social da sociedade B*lue Chip Participações BCP Ltda*., na qual figura como único titular o varão, limitando-se o inconformismo do recorrente à aplicação da regra prevista no artigo 1.027 do Código Civil ao caso concreto.

Sem razão, contudo.

Conforme se infere dos autos de origem, referida sociedade foi constituída em 27 de janeiro de 2010 (fls. 82/83), ou seja, na constância da união estável, ocasião em que foi atribuída à autora 25% e ao réu de 75% das quotas representativas do capital social (fls. 85/96).

Após a separação de fato do casal, a agravada foi excluída do quadro de societário (fls. 20), de modo que o agravante detém atualmente a integralidade das quotas representativas do capital social daquela sociedade.

Estabelece o artigo 1.027 do Código Civil que: *"Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade".*

Ao contrário do sustentado pelo agravante, não houve revogação do supramencionado dispositivo legal com o advento do Código Adjetivo Civil de 2015, que prevê em seu artigo 600, parágrafo único: *"O cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência terminou poderá requerer a apuração de seus haveres na sociedade, que serão pagos à conta da quota social titulada por este sócio*".

Por óbvio, ante o caráter personalíssimo da sociedade, é vedado à companheira do sócio ingressar na sociedade (Nesse sentido: **NELSON ROSENVALD** e **FELIPE BRAGA NETTO**, Código Civil Comentado, Editora JusPODIVM,

Acesso ao Sumário

4ª ed., p.1160), mas lhe é assegurado pelo dispositivo legal supramencionado a percepção periódica dos lucros correspondentes às quotas, na proporção de seu quinhão, em razão do regime de bens vigente durante a união estável, até que seja efetivado o pagamento de seu quinhão na participação societária do ex-companheiro ou até que se liquide a sociedade.

O artigo 600, parágrafo único, do Código de Processo Civil, por sua vez, apenas dispõe sobre a legitimidade da ex- companheira para postular a apuração de seus haveres, em complementação, e não revogação, da regra insculpida no Estatuto Civil, por força da interpretação sistemática de ambos os dispositivos legais.

A propósito, bem pontua **MÁRIO LUIZ DELGADO**: *"Não existe antinomia entre o art. 1.027 do Código Civil e o parágrafo único do art. 600 do Código de Processo Civil de 2015. O art. 1.027 do CC veda o ingresso do ex-cônjuge na sociedade e não que ele exija o que lhe é devido em decorrência do regime de bens, nos termos do parágrafo único do art. 600 do CPC. A aparente antinomia que levaria à revogação tácita do 1.027 do CC/2002 pelo art. 600 do CPC/2015 deve ser afastada, de modo a se compatibilizarem os dois dispositivos, fazendo com que as fontes dialoguem. A pretensão do legislador de 2002 foi vedar ao ex-cônjuge do sócio ingressar na sociedade, garantindo-lhe, apenas, o direito sobre os lucros correspondentes às quotas. O direito à concorrência sobre os lucros deve ser assegurado até que haja o pagamento integral da participação societária do ex-cônjuge ou companheiro ou até que se liquide a sociedade. E quando se dará a liquidação? Entre outras hipóteses, quando o cônjuge, após a partilha, assim o requerer, conforme lhe faculta o art. 600/CPC..."* (Código Civil Comentado doutrina e jurisprudência / Anderson Schreiber ... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2019 - fls. 1.480).

Por conseguinte, absolutamente escorreita a decisão agravada ao reconhecer o direito da ex-companheira ao percebimento de metade dos dividendos auferidos pelo agravante no período compreendido entre a separação de fato do casal e a data do efetivo pagamento de seus haveres.

Não prospera, outrossim, o pleito subsidiário do recorrente para que seja considerada, como termo final para o recebimento desses dividendos, a data da separação dos conviventes.

Isto porque as quotas sociais da empresa foram partilhadas na proporção de 50% para cada parte, portanto a agravada, embora não detenha a condição de sócia, tem o direito de receber metade dos dividendos correspondentes às quotas que lhe couberam, o pagamento desse seu quinhão na participação societária.

Nesse diapasão, já decidiu este C. Tribunal de Justiça:

"Apelação. Apuração de haveres cumulada com participação nos lucros. Autora é ex-cônjuge do réu. Ambas as partes têm participação em sociedade empresária. Aplicação do parágrafo único do artigo 600 do Código

Acesso ao Sumário

de Processo Civil. Participação nos lucros em condições de sobressair desde a separação de fato até a efetiva partilha. Pretensão de que o caso envolve mancomunhão e o balanço de determinação ocorreria "a posteriori" não tem consistência. Autora que inclusive no período correspondente terá participação nos lucros, caso existentes. Pretensão de levantamento de numerário depositado judicialmente, por ora, apresenta-se prematuro, devendo-se aguardar o efetivo desfecho da apuração de haveres. Sentença que se apresenta adequada. Apelo desprovido." (Apelação Cível nº 1004040-92.2022.8.26.0048; Relator Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; j. 13.11.2023).

Pelo exposto, **não se conhece de parte do recurso, negando-lhe provimento na parte conhecida.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2307553-88.2023.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é parte agravante Taize Machado Gonçalves, é a parte agravada Primeiro Oficial de Registro de Imóveis de Campinas.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso, V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.116)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores: ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES (Presidente sem voto), ELCIO TRUJILLO E COELHO MENDES.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2024.

JAIR DE SOUZA

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGISTRO PÚBLICO. Dúvida convertida em pedido de providências. Procedimento administrativo. Insurgência contra decisão que indeferiu pedido liminar de bloqueio das matrículas, diante do cabimento da apreciação na seara própria e por não vislumbrar a presença dos requisitos do artigo 214, §3º, da Lei nº 6015/73. Alegações de nulidade das averbações (art. 214, LRP) por ato do Oficial do CRI que não observou seus deveres funcionais, deixando de observar a novação do crédito originário, em decorrência dos aditivos, que implica a extinção do negócio jurídico/

Acesso ao Sumário

garantia anterior e necessidade de registro prévio de nova garantia pelo credor. Descabimento. Procedimento administrativo em que NÃO SE ADMITE O AGRAVO por falta de previsão no Código Judiciário do Estado de SP, não sendo regido também pelo Código de Processo Civil. Recurso que não pode ser conhecido, nos termos do art. 932, inciso III, do CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 211/212, dos autos originários da ação de Dúvida – bloqueio de matrículas, em face do 1º Oficial de Registro de Imóveis de Campinas-SP, que entre outras deliberações, determinou: "...providencie-se a alteração da classe do processo para pedido de providência, considerado o pedido liminar de bloqueio das matrículas que, por ora, fica indeferido, diante do cabimento da apreciação na seara própria e por não vislumbrar a presença dos requisitos do artigo 214, §3º, da Lei nº 6015/73."

Inconformada, a parte recorrente alega, em síntese, a concessão do efeito ativo para liminarmente o bloqueio das matrículas 123.635, 123.635 e 123.639, todas do 1° ORI de Campinas; liminar para suspensão do processo executivo extrajudicial (bloqueio, lato sensu); o processamento na via administrativa do pedido de cancelamento das averbações das matrículas elencadas no pedido inicial; que a Fazenda Nacional seja cientificada da existência da demanda e o provimento do recurso.

Recurso processado sem efeito suspensivo, com preparo recolhido (fls. 19/20).

Contraminuta não apresentada.

A Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pelo desprovimento do recurso (fls. 263/265).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

O recurso está formalmente em ordem.

É o relatório.

O agravo **NÃO PODE SER CONHECIDO**.

O art. 1.015 do CPC, dispõe expressamente as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, conforme segue:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

Acesso ao Sumário

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
VII - exclusão de litisconsorte;
VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º;
XII - (VETADO);
XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário".

Observe-se que o rol acima é taxativo.

Anota Humberto Theodoro Júnior, in Novo Código de Processo Civil Anotado, 20ª edição, página 1123, nota o art. 1.015:

"Agora, se a matéria incidental decidida pelo magistrado a quo não constar do rol taxativo do art. 1.015, que autoriza a interposição de agravo de instrumento, a parte prejudicada deverá aguardar a prolação da sentença para, em preliminar de apelação ou nas contrarrazões, requerer a sua reforma (art. 1.009, § 1º). Vale dizer, a preclusão sobre a matéria somente ocorrerá se não for posteriormente impugnada em preliminar de apelação ou nas contrarrazões."

Pois bem. Trata-se de pedido cadastrado como de Dúvida e distribuído perante a Corregedoria Permanente, não obstante o direcionamento da inicial ao Juízo da Vara de Registros Públicos, que tem por objeto o cancelamento administrativo das averbações 17/123.635, 17/123.636 e 15/123.639, todas do 1º CRI de Campinas, tendo por causa de pedir a nulidade dessas (art. 214, LRP) por ato do Oficial que não observou seus deveres funcionais, deixando de observar a novação do crédito originário, em decorrência dos aditivos, que implica a extinção do negócio jurídico/garantia anterior e necessidade de registro prévio de nova garantia pelo credor. Além disso, aduz que igualmente não observada a averbação de indisponibilidade dos bens decretada pelo juízo da 1ª Vara Federal de Campinas, nos autos 50005605320200403613 6, requerendo, em liminar, o bloqueio dessas matrículas.

Primeiramente, cumpre observar que a r. decisão contra a qual o recorrente se insurge tem natureza interlocutória, já que apreciada em caráter liminar. Além disso, o procedimento que se formou a partir da Dúvida que foi convertido posteriormente em pedido de providências - continua em curso, aguardando providências.

Contra a r. decisão que indeferiu o bloqueio almejado, foi interposto este

Acesso ao Sumário

recurso de agravo de instrumento. No entanto, tem-se que nos procedimentos administrativos NÃO SE ADMITE O AGRAVO, por falta de previsão no Código Judiciário do Estado de São Paulo, não sendo regido também pelo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, parecer apresentado pelo MM. Juiz Auxiliar, Dr. Vicente de Abreu Amadei, no Protocolado CG 29.463/2006, com o seguinte teor:

> "Conforme reiterada posição da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça não cabe agravo de instrumento de decisão interlocutória prolatada em procedimento administrativo. E assim é porque, em sede administrativa, não se opera preclusão para decisões interlocutórias, que podem ser revistas em grau de recurso interposto contra decisão final, cumprindo registrar que os diversos ramos do direito processual (legislativo, administrativo e judiciário, com seus sub-ramos processual civil, penal, trabalhista etc.) têm vida normativa própria e finalidades distintas, que afastam, como regra, a aplicação analógica despida de previsão legal."

O Colendo Conselho Superior da Magistratura também segue a mesma orientação: v.g., Apelação Cível n° 096905_0/8, da Comarca de Socorro, em que foi relator o Desembargador Luiz Tâmbara:

> "O agravo não merece cognição porque, segundo precedentes da E. Corregedoria Geral (Proc. CG 8.437/93, Prot. CG 29.120/95 e Proc. CG 1.734/96), incabível nos procedimentos administrativos. É que tais procedimentos não são regidos pelo Código de Processo Civil, não há no Código Judiciário Estadual previsão de ataque de tais decisões por agravo e não se harmoniza a finalidade de tal recurso, evitar a preclusão da questão decidida, com os princípios da revisão hierárquica e da autotutela vigentes na seara administrativa."

Portanto, o recurso administrativo só é cabível contra decisão que encerra o procedimento em primeira instância, ou seja, a que indefere o processamento da apelação nos procedimentos de dúvida, ou aquela que indefere o processamento de recurso administrativo contra decisão terminativa, casos em que a admissibilidade está fundada na impossibilidade de supressão da instância administrativa superior.

Acesso ao Sumário

Assim, o referido recurso não merece ser conhecido, nos termos do art. 932, inciso III, do CPC:

> Art. 932. Incumbe ao relator:
> (...)
> III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso, com fundamento no art. 932, inciso III, do CPC.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018752-68.2021.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A, são apelados DELCY DE SOUZA e RITA DE CÁSSIA SOUZA DELLA LIBERA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.735)**

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

São Paulo, 18 de outubro de 2023.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: 1. Prestação de serviços - Energia elétrica - Declaratória cc indenizatória - Autores que reclamam de lançamentos exorbitantes e incondizentes com seu histórico nas faturas de consumo - Comprovação pericial de irregularidade no relógio de registro e de inconsistência dos valores cobrados - Sentença que, corretamente, os declarou indevidos.

2. Dano moral - Configuração - Indenização que, de acordo com as circunstância do caso, dos autores e da ré, não comporta redução - Improvimento do apelo

VOTO

A r. sentença de fls. 352/355, cujo relatório é ora adotado, julgou procedente a ação declaratória cc condenatória relativa a prestação de serviços de energia elétrica, daí o apelo da ré, a fls. 358/369, insistindo que as faturas refletem o consumo real de energia elétrica da unidade consumidora e trazidos pelo seu aparelho medidor, e que não houve nenhuma informação de problema no equipamento de registro. Discorre sobre os fatores de variação do consumo de energia, e sobre a composição do montante cobrado, envolvendo a vigência das bandeiras tarifárias, a elevação de tributo conforme o patamar de consumo, concluindo ser impossível declarar a inexigibilidade de algo que é real e legal. A Enel demonstrou a regularidade da medição realizada na unidade consumidora.

Acesso ao Sumário

O aparelho medidor devidamente certificado pelo INMETRO, como no caso dos autos, é tecnicamente preciso, pelo que todas as suas medições se presumem corretas. E a parte autora não trouxe prova mínima de que efetuou o consumo da mesma maneira que os outros meses, mencionando, a ré, tratar-se de prova de fácil produção cujo ônus seria daquela. Defende a inocorrência de danos morais, ausência de prova deles e que não se configuram *in re ipsa*, nem do nexo de causalidade entre a conduta da ré e o suposto dano sofrido. Ao contrário, houve exercício regular de direito. Por outra, foi desproporcional e exorbitante o valor de indenização arbitrado, devendo se reduzido. Ressalta que a inversão do ônus da prova é regra de instrução, e não regra de julgamento. Pugna pela improcedência e reforma da sucumbência.

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

É o relatório.

O recurso não prospera.

Trata-se de ação declaratória cc indenizatória, narrando a inicial que desde abril de 2021 as contas de consumo expressam gasto de energia exorbitante e incompatível com a média da família. Pediram os autores a declaração de inexigibilidade do débito excessivo, proibição de corte por este débito e indenização por dano moral.

Há desvio de perspectiva da concessionária ré sobre as provas dos autos.

Ora, a narrativa comprovada da parte autora é de que as faturas de abril a junho/21 destoam em muito das faturas do período anterior, fato que se confirma pela mera leitura dos documentos acostados com a inicial, tendo os autores solicitado a troca do relógio medidor (fls. 88).

O equipamento foi trocado em 07/07/21, conforme petição de fls. 97, que comprova a substituição por novo equipamento com medidor zerado.

O laudo pericial de fls. 296/327 aponta pelo gráfico de fls. 311 que, após a troca do relógio antigo pelo atual, em julho/21, a média de consumo voltou a ser até mesmo inferior à média anterior a dezembro/2020, sendo que o atual medidor foi aprovado na aferição de fls. 312.

A falha no equipamento de medição anterior foi apurada indiretamente pelas faturas do consumo cobrado, mas de modo muito consistente, tendo o *expert* assim ponderado:

> Resumidamente a leitura em 12/01/2021 (9.145) é maior que a leitura em 12/04/2021 (8.148) o que denota problemas no medidor de energia elétrica 4825762 ou lançamentos equivocados cometidos pela requerida, o medidor de energia elétrica avança seus registros e jamais os diminui a não ser por problemas técnicos neste medidor.
>
> Analisando-se o mês de junho de 2021 (folha 61) onde se tem a leitura atual de 8.134 kWh , da mesma forma que anteriormente um decréscimo do consumo de energia elétrica de 9.145 (12/01/2021) para

Acesso ao Sumário

8.134 (11/06/2021). (fls. 317 - GRIFEI)

Portanto, tenho que a parte autora efetivamente comprovou os fatos constitutivos do seu direito, de sorte que não socorre a apelante a alegação de que a autora não se desincumbiu de seu ônus.

Anoto que a presunção de regularidade da medição em razão de certificação do INMETRO, por óbvio, não é absoluta, e foi suficientemente afastada pela prova produzida, até mesmo porque, com a retirada do medidor, se não preservado, não poderia ser outra a solução pericial.

E em resumo, a conclusão pericial foi de que:

Nas analises dos documentos dos autos e as constatações quando das diligencias que se trata de um imóvel residencial tendo os eletrodomésticos básicos e o medidor de energia elétrica existente 16881746 com seu funcionamento normal.

Nas analises dos documentos principalmente as faturas de energia elétrica (gráfico 1) se percebe que nos meses de Janeiro de 2021 com 6.656 kWh, Fevereiro de 2021 com 717 kWh, Março de 2021 com 985 kWh ,abril de 2021 com 7.301 kWh, maio de 2021 (com 1.511 kWh e junho de 2021 com 8.475 kWh, consumos de energia elétrica completamente dispares de um histórico dos meses anteriores ou mesmo um histórico dos meses posteriores indicando que realmente havia algum problema no medidor antigo de energia elétrica 4825762 ou mesmo nos lançamentos realizados pela requerida.

Nas analises realizadas nas faturas constatou-se lançamentos equivocados onde conforme detalhes nas analises registros de consumo de energia elétrica que diminuem com o tempo, normalmente os registros de consumo de energia elétrica aumentam gradativamente conforme o consumo nas dependências e não diminuem , havendo tal situação (diminuição) ou o medidor de energia elétrica 4825762 estava como falhas mas como este não foi preservado para a perícia judicial ou realmente houve equívocos nos lançamentos dos registros de consumo de energia elétrica nas faturas de janeiro de 2021 a junho de 2021.

A média de consumo de energia elétrica antes de janeiro de 2021 é de 328 kWh e a média com o novo medidor é de 306 kWh, uma diferença de 6,7 % o que podemos inferir que se trata de pouca diferença nos meses antes e depois dos meses reclamados pelo requerente.

Como conclusão final deste signatário assiste razão o requerente em reclamar as faturas de Janeiro de 2021 (6.656 kWh , R$ 1.047,63), Fevereiro de 2021 (717 kWh, R$ 754,77), Março de 2021 (985 kWh ,R$ 536,43), abril de 2021(7.301 kWh , R$ 5.900,78), maio de 2021 (1.511 kWh, R$ 1.400,76) e junho de 2021 (8.475 kWh , R$ 6.907,68), consumos estes de energia elétrica em nada tem a ver com seu perfil , nas análises realizadas constatou-se nesses meses reclamados lançamentos realizados pela requerida dos registros de energia elétrica completamente dispares da normalidade, inclusive diminuindo e não aumentando

Acesso ao Sumário

esses registros; sendo assim no entendimento deste signatário o consumo de energia elétrica dos meses reclamados devem ser descartados e revistos para uma média mensal de 328 kWh. (GRIFEI)

Quanto aos danos morais, entendo que o descaso com a reclamação dos autores, os quais buscaram solução um sem-número de vezes, conforme protocolos de fls. 73/74, e por viveram durante meses a angústia da ameaça de corte de energia por inadimplemento diante de altas contas de consumo impossíveis de adimplir, são suficientes para a sua configuração.

Mais não fosse, a r. sentença bem observou que:

De outro lado, quanto aos danos morais, eles também são devidos. A postura da ré é das piores, injustificáveis são as conclusões, injustificáveis as cobranças da ré. Tanto que sequer pode, tecnicamente, refutar o laudo.

Neste sentido, a ré é culpada por tirar a paz dos autores com cobranças que, sob o aspecto técnico, são injustificáveis. Isso não tira a paz apenas pela cobrança em si, mas pelas possibilidades que tem de se transformar em corte real da energia, de terem os nomes levados aos órgão de "proteção" ao crédito.

Considerando ser um serviço público, a atitude é ainda mais reprovável, pois não se espera deslealdade do serviço público. Por vir de uma concessionária de serviço público, a reprovabilidade da conduta da ré sobe um degrau a mais na escala de desrespeito ao consumidor.

Por outro lado, referida cobrança se deu em virtude de falha da ré e de seus prepostos, sendo sua responsabilidade insofismável e irrecusável.

A ré deve atentar-se para impedir que fatos como estes aconteçam, tendo acurácia no momento da medição, para não causar, com a sua inexatidão, problemas para o sossego e a dignidade das pessoas.

Neste sentido, a culpa da ré decorre da insistência em uma cobrança de inegável inexatidão técnica.

A dor moral decorre da insegurança, do abalo de espírito, do temor de não poder adquirir bens necessários para a vida moderna, de virtual privação de energia no imóvel e dos transtornos que isso provocaria. (fls. 3534 - GRIFEI)

Resta o exame do montante indenizatório, fixado pela r. sentença em R$10.000,00.

A dosimetria deve adequar-se à frustração experimentada, levando em conta as condições pessoais dos litigantes e o caráter pedagógico da reprimenda, de maneira a evitar novos abusos, sem, contudo, atingir patamar exagerado, configurando enriquecimento sem causa do beneficiário.

No dizer de RUI STOCO:

"Segundo nosso entendimento, a indenização da dor moral, sem descurar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e fun-

ção punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas.

Evidentemente, não haverá de ser tão alta e despropositada que atue como fonte de enriquecimento injustificado da vítima ou causa de ruína do ofensor, nem poderá ser inexpressiva a ponto de não atingir o objetivo colimado, de retribuição do mal causado pela ofensa, com o mal da pena, de modo a desestimular o autor da ofensa e impedir que ele volte a lesar outras pessoas. Deve-se sempre levar em consideração a máxima "indenizar ou compensar sem enriquecer"" ("in" Tratado de Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência - Editora RT, 8ª edição, pág. 1927).

Diante das circunstâncias que envolveram o episódio, não se distanciando também do caráter punitivo dessa indenização, mas aferidas as circunstâncias pessoais do fato, dos autores e da própria ré, tem-se como razoável o valor de R$ 10.000,00 dez mil reais) que não reputo excessivo para reparar os danos morais sofridos pelos autores.

Mantenho a r. sentença na íntegra, portanto, negando provimento ao recurso da ré.

Finalmente, em atenção ao disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, majoro os honorários advocatícios devidos pela apelante para 17% do valor da condenação.

Pelo exposto, por esses fundamentos, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1045067-40.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOSÉ REINALDO DO NASCIMENTO (ESPÓLIO) e SIMONE ARAÚJO DE FREITAS (INVENTARIANTE), são apelados ROSELI CRISTINA MARCONDES NASCIMENTO, FERNANDO HENRIQUE NASCIMENTO, FELIPE ALEXANDRE NASCIMENTO, ALEXSANDER MATHEUS NASCIMENTO, e CONDOMÍNIO EDIFÍCIO BENITO FIORETTO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Victor Hugo Nascimento.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.314)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALE-

Acesso ao Sumário

XANDRE MARCONDES (Presidente) e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 5 de dezembro de 2023.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: USUCAPIÃO FAMILIAR. Sentença julgou extinto o feito sem resolução do mérito, por desistência da ação. Falecimento do autor no curso da ação com pedido expresso de desistência da ação pelos herdeiros. Insurgência do espólio, ao argumento de que o direito era de titularidade do autor da herança e não dos herdeiros. Espólio consiste de entidade não personificada em relação de direito material, que congrega os interesses das pessoas naturais dos herdeiros. Direito material e processual transmitidos imediatamente aos herdeiros em razão do "droit de saisine". No mais, requisitos da usucapião familiar não comprovados. Abandono do lar não se resume à mudança de um dos cônjuges, exigindo efetivo abandono da família, circunstância que não se verifica no caso concreto. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fl. 402, que extinguiu, sem julgamento de mérito, a ação de usucapião familiar ajuizada por JOSE REINALDO NASCIMENTO em face de ROSELI CRISTINA MARCONDES.

Fê-lo a r. sentença, basicamente, porque houve desistência da ação pela parte autora.

Esclareceu que, após a morte do autor José, os herdeiros se habilitaram nos autos e manifestaram expressamente a vontade de desistir da demanda.

Apela o espólio autor, alegando, em resumo: a) a legitimidade para renunciar ao direito é do espólio, não dos herdeiros; b) o espólio está devidamente representado nos autos; c) a ação de usucapião tem natureza declaratória e o direito já havia se constituído antes da morte do autor; d) afastada a decisão extintiva a causa já se encontra madura e a ação deve ser julgada procedente.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às fls. 416/425, pede o provimento do recurso.

O apelo foi contrariado às fls. 429/433.

É o relatório.

1. O frágil recurso não comporta provimento.

Cuida-se de ação de usucapião familiar do apartamento nº 22 localizado

Acesso ao Sumário

à rua Silva Bueno, 863, no Município de São Paulo-SP, ajuizada por José Reinaldo em fase de Roseli.

Relata o autor que era casado com a requerida, e esta abandonou o lar no final do ano de 2010, tendo o autor permanecido no imóvel comum com os filhos do casal. Desde então, o requerente arcou exclusivamente com as despesas do bem.

No curso da ação, em 23/06/2020 o autor faleceu (fl. 264), e a companheira do *de cujus*, Simone requereu habilitação nos autos (fls. 270/272).

Diante da inexistência de inventário, determinou-se a habilitação dos herdeiros, filhos do autor (fl. 277).

Em seguida, houve habilitação do espólio de José Reinaldo, tendo por inventariante a companheira do *de cujus* Simone (cf. fls. 372/374).

Por sua vez, os filhos do autor, herdeiros de primeira classe, se manifestaram pela desistência da ação (fls. 387/390).

Contra a r. sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito insurge-se o espólio de José Reinaldo, representado pela inventariante Simone.

São os fatos postos a julgamento.

2. Não há falar em legitimidade exclusiva do espólio para desistir da ação.

O Espólio nada mais é do que uma entidade com personalidade somente judiciária, mas não de direito material, que congrega os interesses e as pessoas dos herdeiros.

Além disso, o art. 1.784 do Código Civil consagra o princípio da saisine, pelo qual direitos e obrigações do autor da herança transmitem-se aos herdeiros no exato momento da morte.

Portanto, a posse até então exercida pelo Sr. José Reinaldo transferiu-se imediatamente aos filhos herdeiros após a morte do autor, cabendo a estes exercer ou renunciar à usucapião.

Irrelevante a natureza declaratória da ação de usucapião, pois os herdeiros são titulares do direito material e de ação, e renunciaram ao menos a este último.

Ainda que porventura o *de cujus* tivesse preenchido os requisitos da usucapião familiar, o desinteresse dos herdeiros em ver declarado o domínio impede o prosseguimento da ação.

Logo, correta a r. sentença que homologou o pedido de desistência formulado pelos herdeiros do usucapiente.

3. Pode-se, em tese, se argumentar que existe o interesse da companheira supérstite em jogo.

Sucede que não é ela herdeira do usucapiente falecido.

Isso porque a união estável foi constituída sob o regime da separação obrigatória de bens, pois não fora feita a partilha do primeiro casamento.

Disso decorre que a companheira viúva não é herdeira (art. 1829, I CC) e nem meeira, uma vez que o prédio fora adquirido na constância do primeiro

Acesso ao Sumário

casamento.

Essa a razão pela qual, no caso concreto, o espólio congrega apenas os herdeiros, dentre os quais não se encontra a companheira viúva.

4. Há uma segunda razão para rejeitar a pretensão do espólio recorrente.

Ainda que fosse o caos de afastar a decisão extintiva, ação, no mérito, seria julgada improcedente.

A usucapião familiar exige diversos requisitos cumulativos, objetivos e subjetivos: a) prazo bienal de posse exclusiva de ex-cônjuge ou de ex-companheiro sobre imóvel comum do casal; b) tenha havido abandono imotivado e voluntário do lar comum por parte do ex-cônjuge ou ex-companheiro contra o qual corre a usucapião; c) posse do usucapiente contínua, pacífica e com *animus domini*; d) imóvel situado em zona urbana; e) área máxima de superfície do terreno de 250 m²; f) utilização para fins de moradia do ex-cônjuge ou ex-companheiro, que permaneceu de posse exclusiva do imóvel, ou de sua família; g) o usucapiente não pode ser, durante o biênio aquisitivo, proprietário de outro imóvel, urbano ou rural; h) o usucapiente não tenha usado anteriormente a seu favor a usucapião familiar.

No caso em exame, porém, não há prova mínima do preenchimento de alguns de aludidos requisitos.

Em primeiro lugar, não se adquiriu a propriedade plena do imóvel, eis que ainda existem cerca de 17 anos para solver o preço total do financiamento (cf. fl. 42).

A propósito, o casal era titular de direitos possessórios sobre o imóvel, de modo que eventual usucapião recairia sobre a meação da ex esposa do falecido Sr. José Reinaldo - parcelas pagas durante o casamento - e não propriamente sobre o imóvel.

Ademais, persistem sérias dúvidas acerca da existência de posse *ad usucapionem* exercida pelo *de cujus*.

Isso porque a posse exclusiva sobre o imóvel comum, após o divórcio das partes, não teria decorrido de abandono do lar (*rectius, da família*) pela autora, e, sim, da cessão dos direitos de fruição sobre o imóvel em favor dos filhos comuns.

Com efeito, no momento da separação de fato de José Reinaldo e Roseli, ocorrida no final do ano de 2010, os filhos do casal Felipe, Alexsander e Fernando, contavam, respectivamente, com 19, 13 e 17 anos de idade (fls. 11/13).

Recai séria suspeita de inconstitucionalidade sobre o rumo da discussão acerca do conteúdo da expressão "*abandono do lar*".

Tal abandono não diz respeito a violação do dever de coabitação, prévio e causa do final do casamento. Admitir tal possibilidade seria o mesmo que reintroduzir a discussão da culpa pelo final do casamento, o que violaria a Emenda Constitucional 66/10, que permite o divórcio direto e imotivado como direito

Acesso ao Sumário

potestativo, sem qualquer requisito, que não o de estar casado.

A expressão "*abandono do lar*", na verdade, significa falta de tutela da família, depois do divórcio ou da separação de fato do casal. É o caso do cônjuge ou companheiro que não presta alimentos, nem visita a prole e se desliga totalmente não apenas da posse direta, mas também do contato com seus familiares.

Isso porque a expressão *abandono do lar* deve ser entendida não em seu aspecto meramente físico, de alguém deixar de morar com o seu consorte sob o mesmo teto. A leitura que se faz da expressão abandono do lar, com os olhos postos na CF, somente pode ser interpretada como abandono da família, deixando-lhe de prestar assistência material e moral.

No caso concreto, o que se verifica foi mera atribuição da guarda dos filhos menores Alexsander e Fernando ao genitor, e a manutenção deste no lar conjugal juntamente com o filho maior do casal, Felipe.

Além disso, foi a ré quem ajuizou a ação de divórcio (cf. fl. 14), a demonstrar que apenas se mudou do lar conjugal, mas não que tenha efetivamente desaparecido da vida do autor.

Não bastasse, verossímil a alegação da requerida de que saiu de casa em razão de atos de violência doméstica praticados pelo *de cujus*, notadamente porque, embora tenha ela saído da residência familiar, mantém bom relacionamento com os três filhos. Prova disso é que todos os quatro são representados pelo mesmo advogado nesta ação (fls. 393/395).

Seja como for, as circunstâncias em que se deu o divórcio das partes não permitem inferir que houve efetivo abandono do lar, mas sim mera mudança de um dos cônjuges da residência comum, consequência natural da extinção da sociedade conjugal.

No mais, destaco que nem sequer se verifica interesse da inventariante, eis que, como dito, a companheira não ostenta a condição de herdeira e eventual domínio sobre a fração da ex esposa não lhe beneficiaria.

5. Em suma, por qualquer ângulo que se analise a insurgência do recorrente, inviável seu acolhimento.

Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009413-48.2022.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante BANCO ITAÚ CONSIGNADO S.A., é apelado ELIZEU ANTONIO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34078)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), RÉGIS RODRIGUES BONVICINO e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 11 de dezembro de 2023.

FÁBIO PODESTÁ, Relator

Ementa: AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL - Inépcia da inicial não verificada, pois restou cumprido o disposto no art. 330, § 2º, do CPC - Expedição de ofício ao NUMOPEDE - Indeferimento - Litigância de má-fé não configurada - Cartão de crédito com reserva de margem consignável - Taxa de juros contratada que não poderá ser superior à Instrução Normativa vigente à época da contratação - Necessária adequação, com consequente recálculo das prestações pactuadas e restituição dos valores cobrados a maior - Sentença mantida - Sucumbência recursal - Art. 85, § 11, do CPC - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de "*ação de obrigação de fazer c/c revisional de readequação de contrato bancário*" ajuizada por **ELIZEU ANTÔNIO DA SILVA** em face de **BANCO ITAÚ CONSIGNADO S/A**, julgada **procedente** pela r. sentença de fls. 91/96, cujo relatório adoto, para readequar a taxar de juros do contrato especificado na petição inicial para o patamar de 2,08% ao mês (CET), com reembolso da diferença, incidindo correção desde cada pagamento e juros de mora desde a citação, admitida a compensação, e, condenar o réu ao pagamento dos ônus sucumbenciais, com honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00.

Apela o réu, às fls. 111/131, sustentando, em síntese: a) inépcia da petição inicial (fl. 112); b) litigante habitual (fl. 114); c) deve ser expedido ofício NUMOPED (fl. 115, último parágrafo); d) litigância de má-fé, uma vez que a matéria já foi decidida em repetitivo e súmulas (fl. 116); e) diferença entre o custo efetivo do empréstimo e o custo efetivo total (fl. 118); f) legalidade dos juros remuneratórios utilizados nos contratos de empréstimo consignado, havendo obediência aos limites legais (fl. 123); g) o IOF é compulsório (fl. 127, último parágrafo); h) impossibilidade de condenação em honorários em sentença ilíquida, devendo ser observado o princípio da causalidade (fl. 128).

Recurso tempestivo, preparado (fls. 132/133), e contra-arrazoado às fls. 137/145.

Acesso ao Sumário

É o breve relatório.

Inicialmente observa-se que a preliminar de inépcia da inicial não procede, pois, a taxa de juros controvertida foi devidamente discriminada no pedido, restando cumprido o que estipula o art. 330, § 2º, do CPC.

Rejeita-se, de igual forma, o pedido de expedição de ofício para comunicação de suposta infração (fl. 115), providência esta que deve ser adotada pela própria parte interessada, notadamente porque o ajuizamento de ações em grande quantidade, por si só, não encontra vedação legal.

Nesse sentido, esta C. Corte já se decidiu:

CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO PESSOAL. Desconto de parcela única em conta-corrente. Ação de revisão de cláusulas contratuais e de condenação à restituição de valores e a indenizar por danos morais. (...) Condenação do patrono do autor nas penas por litigância de má-fé. ***Decisão de primeiro grau que assentou ser a postura do profissional predatória, por promover diversas ações similares e captar clientes. Ausência de ilegalidade. Exercício regular da profissão de advogado. Má-fé que deve ser analisada caso a caso. Queixa da parte adversa que, ademais, deve ser dirigia ao respectivo órgão de classe.*** *Condenação, por isso, afastada. Procedência. Reforma para julgar parcialmente procedentes os pedidos. Apelação parcialmente provida. (Apelação Cível nº 1000731- 96.2020.8.26.0189, 23ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. SEBASTIÃO FLÁVIO, Dje: 25/08/2020).*

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação de revisão contratual visando o reconhecimento de abusividade de cláusula que impõe o CET acima do limite estabelecido na IN 28 do INSS.

O contrato de empréstimo consignado foi celebrado aos 17/01/2020 (fl. 76), sob disciplina legal da Instrução Normativa nº 92/2017, que alterou a Instrução Normativa INSS/PRES nº 28, de 16 de maio de 2008, limitando a cobrança de juros a 2,08% ao mês, devendo expressar o custo efetivo do empréstimo.

E, o artigo 6°, da Lei n° 10.820/03, que regulamenta a autorização para desconto consignado, é expresso no sentido de que os descontos realizados diretamente em benefício previdenciário deverão obedecer à "*forma estabelecida em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS*."

Identifica-se do contrato que o Custo Efetivo Total, no percentual mensal de 2,37% (fl. 75, 17), atinge patamar superior ao estabelecido na supracitada Norma, de modo a ser evidente a sua abusividade.

Destarte, necessária a adequação da taxa praticada à estabelecida na Instrução Normativa vigente à época da contratação, com consequente recálculo das prestações pactuadas, devendo os valores pagos a maior ser restituídos, de forma simples, com correção monetária, pela Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça, desde cada desembolso, e aplicação de juros de 1% ao mês, a contar

Acesso ao Sumário

da citação (art. 405, do CC), autorizando-se, desde já, a compensação com saldo devedor referente ao contrato, se ainda houver, exatamente como definido na r. sentença.

Por fim, ausente dolo processual, incabível a condenação nas penas por litigância de má-fé.

Nos termos do art. 85, parágrafo 11, do CPC, majora-se a verba honorária a R$ 1.500,00, em razão do trabalho adicional recursal.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1065658-42.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante C. G. B., é apelado J. DA C.

ACORDAM, em sessão telepresencial da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U. Fez uso da palavra a Procuradora de Justiça Dra. Isabella Ripoli Martins. Sustentou oralmente o Dr. Cassiano Ricardo Miranda, OAB/SP 409.690.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27993)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GALDINO TOLEDO JÚNIOR (Presidente sem voto), DANIELA CILENTO MORSELLO e JANE FRANCO MARTINS.

São Paulo, 12 de dezembro de 2023.

CÉSAR PEIXOTO, Relator

Ementa: Ação de retificação de assento civil, pretendendo a alteração do gênero constante na certidão de nascimento - Improcedência em primeiro grau - Procedimento de jurisdição voluntária - Transgênero - Possibilidade jurídica da modificação mediante a substituição pela identidade autopercebida (sexo: não binário, agênero e/ou inespecífico) - Inexistência de óbices impeditivos na espécie - Incidência da Tese de Repercussão Geral 761, do e. Supremo Tribunal Federal, combinada com o disposto nos arts. 8º, 140 e 723, parágrafo único, do Código de Processo Civil, art. 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 21 do Código Civil e arts. 1º, III, 3º,

Acesso ao Sumário

I, III e IV, 4º, II e 5º, *caput* e X da Constituição Federal - Incidência dos princípios, garantias e objetivos fundamentais de ordem constitucional - Conquista do direito subjetivo à adequação dos dados - Supremacia da plenitude do livre exercício da cidadania pelo jurisdicionado - Sentença reformada - Recurso provido.

VOTO

Apelação aviada contra sentença que julgou improcedente pedido de alteração de gênero no assento de nascimento [matrícula (...), livro (...), folha (...) Vº, nº (...)] objetivando, em resumo, o reexame e a modificação do julgado com fundamento, em síntese, na viabilidade e na legitimidade da concessão da medida em conformidade com a realidade social.

Tempestiva, preparada e sobreveio eloquente parecer do Ministério Público opinando pela confirmação da decisão e, por conseguinte, o desprovimento do apelo.

Hipótese de procedimento de jurisdição voluntária, destinado à alteração do gênero/sexo inserto no assento civil de nascimento de pessoa natural, com a inclusão da identidade/classificação como não binário agênero e/ou inespecífico, decorrendo a rejeição da pretensão perante o juízo singular da falta de base/previsão legislativa específica e de lacuna do ordenamento para a retificação da expressão originária padrão (feminino/masculino).

Nada obstante, a possibilidade jurídica da modificação do registro e do teor da certidão, mediante a substituição pelos termos aqui aludidos, proveio da interpretação conferida na Tese de Repercussão Geral 761 proferida pelo e. Supremo Tribunal Federal, combinada com o disposto nos arts. 8º, 140 e 723, parágrafo único, do Código de Processo Civil, art. 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 21 do Código Civil e arts. 1º, III, 3º, I, III e IV, 4º, II e 5º, *caput* e X da Constituição Federal, em cujos substratos históricos e ideológicos para a edição das normas de vanguarda o legislador pátrio, certamente, encontrou razões mais fortes e preponderantes como supremo intérprete e representante da vontade soberana do povo.

A propósito, não sendo obrigatória a aplicação da legalidade estrita em questões dessa natureza, devido ao caráter preponderantemente administrativo do expediente, bastando a averiguação da razoabilidade da medida, a conveniência devido às significativas transformações advindas com as constantes evoluções nas relações da sociedade contemporânea e o atendimento às exigências do bem comum, tudo dentro dos critérios da discricionariedade controlada e prudencial.

Mormente considerando (i) a própria situação social consolidada, vivenciada na vida privada, da pessoa interessada na tutela, (ii) a autonomia da mani-

Acesso ao Sumário

festação formulada, (iii) a inexistência de suspeita de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação quanto à real intenção, (iv) a ausência de indícios de prejuízos a terceiros, (v) além dos atributos inerentes aos objetivos e às garantias fundamentais de personalidade, igualdade, identidade autopercebida, pluralismo e da dignidade humana justificando, de tal arte, a conquista do direito subjetivo à adequação dos dados cadastrais tornando pleno e livre o exercício da cidadania pelo jurisdicionado, sem infração ao art. 54, 2º, da Lei 6.015/73 e aos demais princípios registrais.

Daí a reforma da decisão, sempre com augusto respeito aos entendimentos em sentido contrário, deferido o pedido de alteração do registro na certidão de nascimento com a oportuna expedição de mandado de averbação para anotação da expressão (sexo: não binário, agênero e/ou inespecífico), a exclusão da classificação anterior e outras providências correlatas nos órgãos oficiais, observada a confidencialidade derivada do sigilo. Custas na forma da lei.

Do exposto, pelo meu voto, dou provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003013-02.2019.8.26.0106, da Comarca de Caieiras, em que são apelantes PEDRO TADEU DA SILVA e VERA ALVES DA SILVA, são apelados ALDO FERREIRA, CELIA DE PAULA LUIZ POVEDA e ODAIR POVEDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram a gratuidade aos apelantes e negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.169)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), ADILSON DE ARAUJO e ROSANGELA TELLES.

São Paulo, 18 de dezembro de 2023.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER. GRATUIDADE JUDICIAL. ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A IDENTIFICAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE ATENDER AOS GASTOS DO PROCESSO, AO MENOS NESTE MOMENTO. DEFERIMENTO. ALEGAÇÃO DE VÍCIO NA SENTENÇA. REJEIÇÃO. ELEVAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL. RECURSO IMPROVIDO, COM

OBSERVAÇÃO. 1. A prova produzida autoriza reconhecer, ao menos neste momento, que os apelantes não desfrutam de condições para atender às despesas do processo, o que justifica o deferimento do benefício da gratuidade judicial. Observa-se, entretanto, que se tratando de pedido ulterior, formulado após a sentença, o deferimento da gratuidade judicial não tem eficácia retroativa, não atingindo as situações já anteriormente constituídas. 2. A fundamentação da sentença é suficiente para evidenciar o exato esclarecimento daquilo que ensejou a emissão do dispositivo, não havendo qualquer omissão quanto aos fatos presentes nos autos. 3. Diante desse resultado, por incidência do artigo 85, § 11, do CPC, eleva-se a verba honorária sucumbencial a 12% do valor atualizado da causa, ressalvada da inexigibilidade decorrente da gratuidade judicial.

VOTO

Visto.

1. Trata-se de ação de obrigação de fazer proposta por ALDO FERREIRA, ODAIR POVEDA e CELIA DE PAULA LUIZ POVEDA, em face de PEDRO TADEU DA SILVA e VERA ALVES DA SILVA.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedentes os pedidos para, assim, condenar os réus ao cumprimento de cláusula firmada em contrato entre as partes e, por consequência, promoverem a outorga da respectiva escritura pública do imóvel debatido. Também condenou os demandados ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pelos demandados (fls. 198-203 e 204).

Inconformados, apelam os vencidos pleiteando a concessão do benefício da gratuidade judicial. Objetivam o reconhecimento da nulidade da sentença, ante a omissão do julgamento "*no tocante a devolução do terreno negociado no valor de R$ 70.000,00, o qual havia sido dado pelo apelado Sr. Aldo como parte da negociação (...) devendo o valor do terreno ser abatido do montante devido, haja vista que, se o bem, o qual o juiz a quo determinou que seja repassado ao ora apelado, o qual tem o valor de R$ 280.00000 (duzentos e oitenta mil reais), for repassado ao mesmo, e nada for resolvido em relação ao terreno devolvido, os apelantes estarão sendo lesados*" (fls. 218/219).

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo e bem processado, oportunamente respondido.

É o relatório.

2. De plano, impõe-se analisar o pleito de gratuidade judicial formulado pelos apelantes.

Esse benefício, que tem fundamento no princípio constitucional que assegura a todos o acesso à atuação jurisdicional, há de ser deferido diante da constatação de que a parte não tem condições financeiras de atender aos gastos do processo.

É certo, ainda, que, em favor dele, existe uma presunção, que se estabelece pela simples afirmação de impossibilidade, mas é meramente relativa, devendo ceder às evidências em sentido contrário, constantes dos autos. A lei assegura à parte contrária a possibilidade de impugnação e demonstração contrária, mas é inegável que ao juiz, de pronto, diante dos elementos que abalam tal presunção, há de atuar para coibir qualquer possibilidade de abuso.

É o que se colhe do preciso ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco:

> "*Teoricamente, o adversário do interessado na assistência judiciária sequer teria interesse jurídico na negativa do benefício, porque este não lhe diz respeito e o exercício da ação e da defesa também é garantido constitucionalmente (Const., art. 5º, incs. XXXV e LV). Mas a interpretação literal dos preceitos sobre a assistência judiciária pode abrir portas à litigância temerária e irresponsável, que o sistema de justiça onerosa visa a coibir... Por isso, como toda presunção, essa da insuficiência de recursos deve ser mitigada e adequada à realidade, não se impondo quando houver razoáveis aparências de capacidade financeira*"[1].

A análise dos documentos apresentados revela que os recorrentes, ao menos neste momento, efetivamente não têm condições financeiras para atender ao pagamento das despesas do processo (fls. 223/235).

Ademais, faltam melhores elementos de prova que permitam realizar uma análise de maior abrangência, o que autoriza dar crédito à declaração de miserabilidade, que se presume verdadeira.

Assim, prevalecendo a presunção decorrente da declaração feita pelos apelantes e diante dos elementos que dos autos constam, não há como deixar de acolher o requerimento, enfatizando-se que, a qualquer tempo, o benefício poderá ser questionado por meio de impugnação, o que possibilitará a devida apuração dos fatos. E na eventualidade de não se confirmar a situação indicada na declaração, aplicar-se-á aos apelantes a punição devida.

Superado esse ponto, analisa-se a matéria de fundo.

A sentença julgou procedente a pretensão, condenando os réus ao devido cumprimento da Cláusula 3.3 do contrato firmado entre as partes (fls. 17) e, por consequência, também condenou os demandados à outorga da respectiva escri-

Acesso ao Sumário

1 - "Instituições de direito processual civil", v. II, nº 765, p. 673, Malheiros.

tura pública do imóvel em debate (fls. 16/20), no prazo máximo de trinta dias, sob pena de suprimento judicial às expensas dos réus.

O recurso enfoca, tão somente, a questão relativa à suposta omissão da sentença, pleiteando a sua anulação por não versar sobre a devolução de terreno negociado no valor de R$ 70.000,00, valor que, teoricamente, deveria ser abatido do montante devido pelos apelantes.

De pronto, verifica-se que a sentença atende a todos os requisitos do artigo 489 do CPC. O seu conteúdo possibilitou perfeitamente entender o pensamento manifestado e permitiu o pleno exercício do direito de recorrer, e isto basta para o reconhecimento da sua validade. Ademais, foram considerados pela sentença todos os documentos apresentados, de modo que a convicção adveio de todo o conjunto probatório, não havendo qualquer omissão sobre os fatos apresentados. Esses aspectos foram bem pontuados pelos próprios apelantes em seu apelo.

Destaca-se da sentença:

> "*Restou devidamente comprovado nos autos que os réus possuíam dívidas com o autor Aldo, e, em razão disso, firmaram o contrato de fls. 16/20, no qual os réus repassaram ao autor um imóvel pelo valor de R$ 280.000,00, dos quais, R$ 200.000,00 foram abatidos em dívidas com a empresa do autor (comprador) e o restante pago através de permuta de um barco e uma carreta, no valor de R$ 10.000,00, e um terreno no valor de R$ 70.000,00, o qual, posteriormente, foi devolvido ao autor Aldo (comprador), que abateu o valor sobre a dívida pendente.*
>
> *Senão vejamos:*
>
> *I) Da Cláusula 2.1 (lote de terreno no valor de R$ 70.000,00).*
>
> *Referido imóvel foi objeto de devolução (revenda) pelos réus ao autor Aldo, ainda em 11/05/2017 (fls. 169/170), abatendo-se R$ 80.000,00 da dívida pendente.*
>
> *As testemunhas Francisco e Vinicius, ouvidas no processo conexo, confirmaram a devolução do referido imóvel ao autor Aldo, de modo que, ainda que houvesse alguma irregularidade oculta sobre o referido imóvel, os autores não tiveram prejuízos, pois houve abatimento sobre a dívida, inclusive em valor superior, já que o imóvel lhes foi repassado por R$ 70.000,00, e devolvido ao autor por R$ 80.000,00.*" (fls. 191)

Deste modo, não há que se falar em qualquer omissão da r. sentença, cuja fundamentação considerou os argumentos e cláusulas contratuais que versam sobre o terreno no valor de R$ 70.000,00, fazendo referência, inclusive à prova testemunhal emprestada (demanda conexa).

Enfim, deferida a gratuidade judicial aos apelantes, não comporta acolhimento o inconformismo, prevalecendo a solução adotada pela sentença em todos os seus termos.

Acesso ao Sumário

Por derradeiro, considerando os termos do artigo 85, §11, do CPC, diante do resultado deste julgamento e tendo em conta a atuação acrescida, impõe-se elevar o montante da verba honorária sucumbencial de responsabilidade dos réus apelantes ao montante de 12% do valor atualizado da causa, ressalvada naturalmente a inexigibilidade decorrente da gratuidade judicial concedida.

3. Ante o exposto, defiro a gratuidade aos apelantes e, com a observação feita, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012111-87.2018.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante NORBERTO DE OLIVEIRA ROCHA FILHO, são apelados MATEUS ARECO, DANIELA ARECO e FLAVIA ARECO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Bruno Gonçalves Ribeiro.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 40365)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente) e HERALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 6 de dezembro de 2023.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - SERVIDÃO DE PASSAGEM - MANUTENÇÃO DE POSSE - Pretensão do autor de que seja mantido na posse da servidão de passagem - Descabimento - Hipótese em que não há como admitir a constituição da dita servidão de passagem com fundamento no negócio jurídico indicado pelo autor, tampouco faz ele jus ao direito de passagem forçada, fundado no direito de vizinhança - RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Irresignado com o teor da respeitável sentença proferida às fls.726-730, que julgou improcedente pedido de manutenção de posse de servidão de passagem, formulado em demanda movida por Norberto de Oliveira Rocha Filho em face de Cyro Roberto Areco, ora sucedido por seus herdeiros, Mateus Areco, Daniela Areco e Flávia Areco, apela o autor (fls.733-741).

Sustenta que pretende a manutenção de posse sobre a servidão de passa-

gem que se constituiu por meio de contrato.

Afirma que o mapa que compõe o anexo do instrumento mostra que já havia uma estrada de entrada na propriedade e que ela teria sido alterada pelo acordo das partes.

Questiona a conclusão do laudo pericial de que a estrada não teria uso.

Aponta que haveria a necessidade de uso da ponte existente no imóvel do réu para transpor o curso d'água que atravessa ambas as propriedades, possibilitando o seu acesso à parte de seu imóvel que se situa mais distante da via pública.

Alega que em determinadas épocas esse curso d'água tem seu nível elevado, formando-se ainda brejos, de modo a impossibilitar o acesso à integralidade da sua área.

Pretende, ao fim, "*seja REFORMADA A RESPEITÁVEL SENTENÇA APELADA, NO QUE TANGE A SERVIDÃO INSTITUÍDA POR CONTRATO BEM COMO A OBSERVANCIA DA NECESSIDADE DE ULTILIZAÇÃO DA PONTE PARA ACESSO AO IMOVEL DO APELANTE*" (fls.741).

Contrarrazões às fls.751-754 e 755-759, nas quais se suscita preliminar de não conhecimento do recurso por desatenção ao princípio da dialeticidade.

Recurso bem processado.

É o relatório.

Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do recurso, suscitada em contrarrazões, em razão de descumprimento do requisito da regularidade formal, por falta de impugnação específica da fundamentação trazida pela sentença.

Ao contrário, verifica-se que foram impugnados os fundamentos da r.sentença, o que autoriza o conhecimento do recurso, ainda que se tenha insistido em argumentos apresentados anteriormente.

No mais, o recurso não comporta provimento.

Seja pela ótica do direito de vizinhança, seja pela ótica dos direitos reais sobre coisa alheia, o autor não tem direito a ser mantido na utilização do caminho existente no interior do imóvel de seu vizinho.

Na primeira hipótese (direito de vizinhança), pretendendo fazer valer seu direito à passagem forçada, não se verificam os requisitos para que se configure tal direito, cujo regramento consta do artigo 1.285 do Código Civil.

Trata-se de instituto que impõe restrição rigorosa em relação à propriedade, ao estabelecer que: "*O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem*" (CC, art.1.285).

No caso, não se observa situação de encravamento do imóvel do autor, nos termos concebidos pela doutrina:

> "*Para ensejar direito à passagem forçada, a doutrina tradicional exige que o encravamento seja absoluto, sem qualquer saída para a via*

Acesso ao Sumário

pública, fonte ou porto. Havendo qualquer outra saída para a via pública, mesmo que precária e penosa, deverá o proprietário utilizá-la, pois o enorme sacrifício ao vizinho apenas será exigido em excepcionalíssimas circunstâncias de total impossibilidade de aproveitamento da coisa por seu titular.

Contudo, parece nos que, nos tempos atuais, a penetração do princípio constitucional da função social da propriedade evoca a destinação coletiva da coisa em benefício conjunto de seu titular e da comunidade, virando a uma finalidade econômica relevante. Assim, mesmo que exista uma saída para a via pública, constatando-se dificuldade insuficiência e ou, até mesmo, periculosidade do percurso, permitir fiar o magistrado interpretar o dispositivo de forma extensiva, concedendo ao proprietário necessitado outra saída para que seu imóvel tenha a sua utilização ampliada e atender às necessidades de exploração econômica" (**Cristiano Chaves de Farias** e **Nelson Rosenvald**, Curso de Direito Civil, Reais, Vol.5, 16ªed., Salvador, Juspodivm, p.746).

De fato, inexiste encravamento absoluto, tendo constado do laudo pericial que o imóvel do autor possui testada de 177,08m para a via pública.

E mesmo sob o ponto de vista da doutrina mais contemporânea, não se vislumbra hipótese que justificasse a restrição sobre a propriedade do vizinho para garantir o trânsito do autor no interior da sua propriedade.

O obstáculo existente está situado no interior da própria área do autor, consistente em um curso d'água que inviabiliza apenas parcialmente o acesso a uma parcela dessa mesma área.

Embora o autor sustente que haveria extrema dificuldade para se transpor esse obstáculo sem a utilização da ponte que se encontra no interior do terreno vizinho, não foi isso que se observou a partir da produção da prova do processo.

Não se nega que aquele curso d'água atravesse todo o imóvel do autor, ou que represente óbice à exploração econômica da sua integralidade, o que ficou suficientemente demonstrado pelas imagens que foram apresentados nos autos

Contudo, concluiu o perito que existe a possibilidade de, exatamente como já acontece no terreno vizinho, ser construída uma estrutura que permita transpor o curso d'água, garantindo o acesso a toda a área do autor, sem restrição ao direito alheio.

Acesso ao Sumário

E segundo afirmou o perito a partir de seus conhecimentos técnicos de engenharia e quanto às limitações ambientais existentes, essa obra não representaria esforço desarrazoado por parte do proprietário (fls.525-529 e 597-623).

Em tal cenário, em um juízo de proporcionalidade, não se justifica a imposição de grave restrição sobre a propriedade do vizinho, com o estabelecimento de uma passagem forçada, quando se vislumbra a possibilidade de o próprio autor, sem sacrifício desarrazoado, providenciar meios para garantir o trânsito no interior do seu imóvel.

Desse modo, à luz do direito de passagem forçada, o autor não faz jus à

manutenção de posse sobre o caminho existente no interior da área de seu vizinho, do qual faz parte a ponte já implantada sobre o curso d'água que atravessa as propriedades.

Superada essa questão, cabe analisar o estabelecimento de direito real de servidão entre os imóveis.

A servidão, como um direito real, é "*o encargo que suporta um prédio denominado serviente, em benefício de outro prédio chamado dominante conferindo ao titular o uso e gozo do direito ou faculdade. Ou, para resumir o conceito de Gierke e Martin Wolf, é direito real de fruição e gozo da coisa alheia, limitado e imediato*" (**Caio Mário da Silva Pereira**, instituições de direito civil, Rio de Janeiro, forense, 2008, p. 275).

As servidões podem se constituir de múltiplas formas, por negócio jurídico unilateral ou bilateral, por sentença em ação divisória (CPC, art.596, inciso II) ou também por usucapião.

Na situação envolvendo negócio jurídico, "*As servidões podem constituir-se entre vivos ou causa mortis. No primeiro caso deve o ato revestir a forma pública se o valor exceder o limite legal ou por instrumento particular em caso contrário (código civil art. 108).*

No segundo, a vontade criadora está condicionada à observância dos requisitos sem os quais o testamento não é válido. Mas num e noutro caso, toda a servidão constituída por um ato de vontade pressupõe capacidade das partes: não apenas a capacidade genérica para os atos da vida civil, porém há específica para os atos de disposição do prédio serviente (e Ruggiero e Maroi)" (**Caio Mário da Silva Pereira**, instituições de direito civil, Rio de Janeiro, forense, 2008, p. 280)

Essa a hipótese sustentada aqui pelo apelante, pois entende ele que o contrato de fls.18-21 daria suficiente fundamento à sua pretensão de manutenção de posse sobre o caminho existente no interior do imóvel vizinho.

Ocorre que não há como se concluir pela constituição da servidão de passagem a partir desse contrato.

Primeiro, porque não se revestiu da forma especial, ausente informação de que o imóvel serviente tenha valor inferior a trinta salários-mínimos.

No caso, não se prescindia de escritura pública para que houvesse a constituição da servidão.

Além disso, quando assinado o instrumento contratual invocado pelo autor, nenhuma das partes possuía capacidade específica para dispor do prédio serviente ou mesmo para constituir vantagem em favor do prédio dominante.

Tendo se buscado celebrar o negócio em novembro de 2013, observa-se que nenhuma das partes signatárias era o proprietário do imóvel dominante ou do imóvel serviente.

Quanto ao réu, Cyro Roberto Areco, ele só veio a celebrar escritura pú-

Acesso ao Sumário

blica de compra e venda de sua área com os respectivos proprietários em 20 de dezembro de 2013 (fls.54-58).

Quanto ao autor, tampouco era ele o proprietário, só tendo sido outorgada a escritura pública em seu favor em 22 de agosto de 2016 (fls.15-17).

No momento da assinatura do instrumento ambas as áreas constituíam um único imóvel, pertencente a Lea Marta de Oliveira Rocha, Marília de Araújo Rocha Macedo, Fábio de Oliveira Rocha e Augusto de Oliveira Rocha.

Nesse contexto, tendo em vista que, nos termos do artigo 1.378 do Código Civil, "*Somente os proprietários podem convencionar servidão*" (**Cristiano Chaves de Farias** e **Nelson Rosenvald**, Curso de Direito Civil, Reais, Vol.5, 16ªed., Salvador, Juspodivm, p.923), tal instrumento não é apto à constituição de servidão predial.

O instrumento celebrado não é idôneo para a constituição de direito real de servidão de passagem.

E a mera existência de uma ponte, ou mesmo de caminhos no interior da área hoje atribuída aos réus, antes mesmo de ser o imóvel dividido e alienado a cada uma das partes, tampouco justifica a constituição da servidão; salientando-se que tais serventias não se destinavam especificamente a dar acesso à parte da área que atualmente pertence ao autor.

Por fim, tendo o autor utilizado por vários anos o caminho existente no interior do imóvel vizinho, mas sem que o exercício tenha perdurado por tempo suficiente para aquisição por usucapião, observa-se que a eventual direito do autor, de cunho meramente pessoal e obrigacional, não se pode atribuir caráter perpétuo e indefinido.

Desse modo, de rigor a manutenção integral da respeitável sentença, que concluiu pela improcedência do pedido de manutenção de posse.

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

Com o desprovimento do recurso, elevam-se os honorários advocatícios dos patronos dos réus para 15% do valor da causa (CPC, art. 85, §2º e §11).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001269-80.2023.8.26.0445, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é apelante ITAÚ UNIBANCO HOLDING S/A, é apelado LEANDRO NUNES PINTO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.102)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RENATO RANGEL DESINANO (Presidente), MARINO NETO e MARCO FÁBIO MORSELLO.

São Paulo, 14 de dezembro de 2023.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - Pagamento de boleto bancário e transação via PIX - Autor que alega ter sido vítima de golpe por telefone, em razão do que realizou duas transferências via PIX, nos valores de R$ 4.880,00 e R$ 2.690,00, e pagou um boleto no valor de R$ 6.500,00 - Pretensão de condenação da instituição financeira, na qual mantém conta corrente, a restituir os valores transferidos e a pagar indenização por dano moral - Sentença de procedência - Insurgência do réu - Cabimento - Embora a responsabilidade da instituição financeira seja objetiva, é imprescindível a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do banco e o dano experimentado pelo autor - Hipótese em que o requerente admite ter sido ludibriado, o que culminou na efetivação de duas transferências por meio da ferramenta PIX para conta bancária de terceiro, mantida em outra instituição financeira, além do pagamento de um boleto bancário - Ação de terceiros pouco engenhosa e em evidente intuito de fraude - Ausência de ato ilícito por parte do réu, que apenas cumpriu as ordens de pagamento enviadas pelo autor - Outrossim, não foi demonstrado qualquer vazamento de dados relacionados ao requerente - Ausência, ainda, de demonstração de que as transferências excederam o limite fixado para tanto ou destoaram do perfil do autor - Sentença reformada - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença, cujo relatório se adota, que, em "*ação de restituição de valores com pedido de tutela antecipada c/c indenização por danos morais*", ajuizada por LEANDRO NUNES PINTO contra ITAÚ UNIBANCO HOLDING S/A, julgou procedentes os pedidos formulados pelo autor, para "*i) condenar o requerido a restituir à parte autora*

Acesso ao Sumário

os valores debitados indevidamente e fraudulentamente da conta corrente, qual seja, o total de R$ 11.278,28 (onze mil, duzentos e setenta e oito reais e vinte e oito centavos), de forma simples e em uma única parcela, a ser apurado em sede de cumprimento de sentença, tudo corrigido pela Tabela Prática do E. TJ/SP desde a data de cada desembolso, e com juros de mora de 1% a.m., estes contados deste a citação; ii) condenar o requerido a pagar à parte autora indenização por danos morais no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), corrigidos monetariamente segundo os índices da Tabela Prática do E. TJ/SP e com juros de mora de 01% a.m., ambos contados desde a data desta sentença Súmula nº 362 do E. STJ e REsp. nº 903.258/RS)" (fls. 144/153).

Recorre o réu. Preliminarmente, aponta cerceamento de defesa em virtude do indeferimento da oitiva do autor. Argumenta pela necessidade de denunciação da lide e por sua ilegitimidade passiva. No mérito, sustenta que o autor foi induzido a erro e realizou, ele próprio, transferências em favor de terceiros. Argui que não houve falha na prestação de serviços, já que apenas cumpriu ordens do autor, que foi ludibriado ao seguir as orientações dos terceiros fraudadores. Aduz que as operações não destoavam do perfil do autor e, portanto, não eram suspeitas, de modo que a instituição financeira não tinha como impedi-las. Defende que não houve vazamento de dados pessoais do autor. Requer a improcedência da demanda (fls. 156/176).

Recurso recebido e contrariado (fls. 182/190).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

O autor narrou, na petição inicial, que recebeu uma ligação apontada, pelo seu celular, como do Itaú Unibanco e, ao atendê-la, conversou com uma pessoa chamada Lucas. Relatou que este se identificou como funcionário do banco réu e informou ao autor diversos dados pessoais e bancários deste. Contou que o funcionário Lucas questionou acerca de duas transferências (PIX) supostamente agendadas em favor de Micaela Pereira de Paula, nos valores de R$ 4.880,00 e R$ 2.690,00, além de um pagamento de boleto no valor de R$ 6.500,00. Ao responder que não tinha ciência de tais transferências, o autor foi "redirecionado" para falar com uma outra funcionária, a qual iria passar orientações para que as transferências fossem canceladas. Em seguida, a funcionária passou as seguintes orientações "*entrar no PIX e escrever a mensagem cancelar agendamento do PIX, digitar 0,01, digitar o CPF do estelionatário (Micaela), voltar e colocar o valor de R$ 4.880,00, e depois, digitar a senha do PIX, que já seria cancelado automaticamente*" e "*passou uma sequência de números, que foram digitados na área de pagamento, sem código de barras, pelo autor que, em seguida, digitou a senha no APP*". Após encerrar a ligação e notar que o cancelamento não tinha dado certo, descobriu tratar-se de um golpe, motivo pelo qual entrou em contato com o banco e solicitou o cancelamento das operações.

Acesso ao Sumário

No entanto, apenas a transferência de R$ 2.690,00 foi cancelada.

Nesse contexto, ajuizou a presente demanda e pleiteou a condenação do réu ao pagamento de indenização por dano material, nos valores de R$ 4.880,00 e R$ 6.500,00, além de indenização por dano moral no valor de R$ 22.556,56.

Em contestação, o réu alegou não possuir qualquer relação com o evento danoso narrado. Sustentou que não houve falha na prestação de serviço. Argumentou não haver nexo causal entre a conduta do banco e o dano suportado pelo autor. Defendeu que o dano foi resultado de culpa exclusiva do autor e de terceiros. Aduziu que não houve vazamento de dados pessoais (fls. 51/91).

O D. Juízo *a quo* julgou procedentes os pedidos formulados pelo autor, nos seguintes termos (fls. 144/153):

> "*Da análise dos autos, depreende-se que a imputação de responsabilidade pretendida pelo autor decorre de suposto golpe aplicado por meio de ligação telefônica (número identificado com o nome "Banco Itaú Unibanco") e por falsos prepostos de nome Lucas e Cíntia (nomes idênticos a um funcionário do banco e da gerente da conta do autor), que de posse de dados pessoais e bancários do correntista, orientaram-no "a cancelar os referidos PIX agendados e que, em nenhum momento, era para o autor passar sua senha" (fls. 03) e a "travar/destravar" o APP do banco.*
>
> *Ocorre que as instruções indicadas ao requerente para manuseio do aplicativo resultou no prejuízo de R$ 4.880,00 (pagamento via PIX) e de R$ 6.500,00 (pagamento de boleto).*
>
> *Para demonstrar o ocorrido juntou os prints de ligação às fls. 13/15 e 24/25, os extratos de fls. 18/21 e o boletim de ocorrência de fls. 22 e 135/137.*
>
> *O requerido, por sua vez, em contestação genérica, se preocupou basicamente em se eximir de qualquer responsabilidade, impugnou os pedidos e alegou regularidade de todas as transações, as quais teriam sido realizadas mediante digitação da senha no APP do banco, além da validação via token, sendo que a guarda de tais dados são de responsabilidade exclusiva do autor.*
>
> *Apresentou prints de tela sistêmicas colados na peça de defesa e os documentos de fls. 92/111.*
>
> *Todavia, melhor sorte não assiste ao requerido.*
>
> *Ora, o requerido é responsável objetivamente (art. 14 do CDC) pela prestação dos serviços e pelos contratos que disponibiliza no mercado. É inerente ao risco de sua atividade, face ao consumidor, e poderia ter se cercado dos cuidados intrínsecos à segurança da informação.*
>
> *Da análise dos fatos narrados na petição inicial em cotejo com os documentos que a instruíram, percebe-se nitidamente a boa-fé do autor*

Acesso ao Sumário

e, obviamente, o fato de que, em nenhum momento, este desejou realizar as transações apontadas na petição inicial, as quais ocorreram todas no mesmo dia e em sequência.

Não bastasse tudo isso, o autor procurou orientação junto a sua agência e "tentou viabilizar um acordo com o Banco através do PROCON, com a FA nº 173001230000279, além de ter ligado por diversas vezes no SAC do Itaú, com os protocolos de nº 0923952291, 13731/2023, 2022123478, 20230323739850000 e a ocorrência de nº 923959977" (fls. 04).

Portanto, no mínimo, deveria o requerido averiguar a regularidade daquelas transações.

No mais, fica nítida a falha na prestação dos serviços bancários, uma vez que (i) ou houve o vazamento de vários dados bancários sigilosos do autor ou (ii) ocorreu a invasão de sua conta corrente por terceiros, o que vai de encontro à responsabilidade do banco réu: a segurança e o sigilo das informações de seus clientes.

O aplicativo disponibilizado pelo banco para uso no celular, assim como o acesso ao site (Internet Banking), são mecanismos que facilitam o acesso dos usuários aos serviços por ele disponibilizados e são desenvolvidos pelo próprio réu, de modo que é, igualmente, da sua responsabilidade garantir a idoneidade do seu funcionamento.

Consigno que facilitação de operações bancárias por celulares, aplicativos e congêneres, a par de se mostrarem um "plus" ao consumidor, haja vista a desnecessidade de deslocamento até as agências bancárias, mostram-se, de igual forma, uma vantagem econômica às instituições financeiras que, por certo, precisam de um número imensamente menor de funcionários para atendimento daquela demanda que, outrora, dependia do atendimento desta mão de obra.

É sabido por todos que os criminosos, utilizando-se de moderna tecnologia, são capazes de invadir o sistema bancário, clonar cartões e descobrir senhas a fim de efetuar operações fraudulentas, como a discutida no caso concreto.

Assim, apenas os sistemas de senha de acesso e validação de ID/token não têm se mostrado eficaz para coibir a ação de meliantes, como demonstrado nos autos, denotando a insegurança do serviço.

Ainda, a segurança integral não se resume à fiscalização e monitoramento dos terminais de autoatendimento, como no passado. Deve o banco atentar também para a segurança da informação na tecnologia aplicada aos cartões de débito/crédito e aos pagamentos efetuados pelo sistema DOC, TED e PIX a fim de impedir que terceiros consigam utilizá-los sem anuência do titular.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, a instituição financeira, ao disponibilizar inúmeras ferramentas aos consumidores, sem, contudo, promover segurança integral no uso de serviço, expõe o usuário aos riscos inerentes às atividades bancárias e, dessa forma, deve responder pelos danos.

Portanto, é o caso de restituição pelo banco do valor de R$ 11.278,28, os quais foram transferidos indevidamente e fraudulentamente da conta corrente do requerente.

Com relação ao pedido de condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais, verifico que é o caso, também, de acolhimento, mas não no montante pleiteado (R$ 22.556,56).

É incontroverso que o autor sofreu descontos indevidos em sua conta corrente e teve seu poder de compra comprometido. Também foi surpreendido com débitos com os quais não consentiu e nem autorizou que o requerido o fizesse em seu nome.

Nesse sentido, é dizer que a conduta do requerido frustrou as legítimas expectativas do autor, bem como a boa-fé, circunstância esta capaz de gerar no homem médio abalo psíquico passível de reparação.

Enfim, o dano moral não é somente indenizável quando implica na provocação de abalo ao nome e a imagem da pessoa, mas também quando há como consequência do ato ilícito o sofrimento psicológico, como preleciona Antonio Junqueira de Azevedo: "Caberia, ainda, perguntar se o dano-evento pode ser somente no corpo (no que somos) e no patrimônio (no que temos). Se não entendermos o que somos e o que temos de modo muito limitado, a resposta é negativa, porque, no que somos, não está somente o corpo e sua integridade física, mas também sua integridade bio- físico-química (ou bem-estar e saúde psíquica, como querem outros), e, no nosso patrimônio, desde que se use 'patrimônio' em linguagem atécnica, incluindo 'patrimônio moral', está também nossa 'figura social' ou imagem na sociedade. Ora, ainda aqui, o dano-evento, em qualquer uma dessas duas novas hipóteses, pode acarretar prejuízos ou de ordem patrimonial ou de ordem moral tanto uma ofensa a saúde sem diminuição da integridade física quanto uma ofensa à honra podem prejudicar os negócios do ofendido ou fazer sofrer a vítima psicologicamente" (Cadastros de Restrição ao Crédito. Conceito de Danos Moral in Estudos e Pareceres de Direito Privado, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291/292).

Para além do já afirmado, há também finalidade dissuasória e punitiva na condenação à reparação pelos danos morais, no sentido de dissuadir o réu a levar a efeito novamente a conduta danosa (cf. Judith Martins Costa, Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação, in Revista dos Tribunais n. 89, p. 19), não se limitando o montante indenizatório, assim, à mera composição da lesão ocasionada

Acesso ao Sumário

à esfera subjetiva do indivíduo, sendo certo que referido juízo é nitidamente de equidade, diante da impossibilidade de se avaliar objetivamente (em pecúnia) os aspectos subjetivos da pessoa humana.

Feitas tais considerações, o arbitramento da condenação a título de dano moral deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial/pessoal das partes, suas atividades comerciais e, ainda, o valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se da experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente, à situação econômica atual e às peculiaridades do caso concreto.

O Magistrado, para a avaliação do dano moral, deve ser, a um só tempo, razoável e severo, a fim de atender a finalidade de compensar e dar satisfação ao lesado, assim como desestimular a reiteração da prática abusiva do réu. De outro lado, o montante a ser arbitrado não pode representar enriquecimento indevido, o que é vedado pela ordem jurídica.

Assim, considerando o grau de culpa e a capacidade financeira da empresa-demandada, sem olvidar do aspecto compensatório, entendo que o valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais) é justo e adequado à reparação dos danos morais causados à parte autora.

Por fim, consoante Súmula nº 326 do C. STJ (Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca), conquanto não acolhido o montante pleiteado pela parte autora a título de dano moral, não há configuração da sucumbência recíproca, mesmo após a entrada em vigor do CPC/15. DISPOSITIVO.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação, com resolução de mérito, com fundamento no art. 487, inciso I, do CPC/15."

Contra essa sentença se insurge o réu, ora apelante.

O anunciado cerceamento de defesa é inexistente, pois os documentos coligidos permitiam o julgamento antecipado do feito, conforme prevê o artigo 355 do Código de Processo Civil, sendo prescindível a realização de outras provas.

Nesse sentido é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

"*A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a decisão pela necessidade ou não da produção de prova é uma faculdade do magistrado, a quem caberá verificar a existência de elementos probatórios para formar sua convicção. Não ocorre cerceamento de defesa quando o julgador, ao constatar nos autos a existência de provas suficientes para o seu convencimento, indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias*." (AgInt no AREsp 1242313/GO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018,

Acesso ao Sumário

DJe 02/08/2018)

"*Cabe ao magistrado verificar a existência de provas suficientes nos autos para ensejar o julgamento antecipado da lide e indeferir a produção de provas consideradas desnecessárias, conforme o princípio do livre convencimento do julgador. (...).*" (AgRg no AREsp 723.568/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe de 23/02/2016)

Igualmente, a tese de ilegitimidade passiva não prospera, pois, segundo a teoria da asserção, a questão é atinente ao mérito.

Também não é o caso de denunciação da lide, pois o artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor veda tal providência, dado que a intenção do legislador é evitar o retardamento do julgamento da pretensão do consumidor.

De fato, em regra, essas figuras que propiciam a intervenção de terceiros na lide causam o alargamento da discussão da lide, o que redunda em maior tempo de espera pelo provimento jurisdicional.

Nesse sentido, confira-se a lição de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

"*O sistema do CDC veda a utilização da denunciação da lide e do chamamento ao processo, ambas ações condenatórias, porque o direito de indenização do consumidor é fundado na responsabilidade objetiva. Embora esteja mencionada como vedada apenas a denunciação da lide na hipótese do CDC 13 par. ún., na verdade o sistema do CDC não admite a denunciação da lide nas ações versando lides de consumo. Seria injusto discutir-se, por denunciação da lide ou chamamento ao processo, a conduta do fornecedor ou de terceiro (dolo ou culpa), que é elemento da responsabilidade subjetiva, em detrimento do consumidor que tem o direito de ser ressarcido em face da responsabilidade objetiva do fornecedor, isto é, sem que se discuta dolo ou culpa.*" (*in* "Código Civil Comentado e legislação extravagante", 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 1019, nota 3 ao artigo 88 da Lei 8.078/90).

Sendo assim, não há como admitir, na hipótese, a denunciação da lide pretendida pelo réu.

Superadas as preliminares, o recurso do réu merece, no mérito, acolhida, respeitado o entendimento do D. Juízo *a quo*.

É que, diferentemente do que consta na sentença, não houve prova de vazamento de danos pessoais do autor e tampouco "*invasão da conta corrente do autor por terceiros*".

Na verdade, foi o próprio autor que, ludibriado pelos terceiros fraudadores, efetuou as operações conforme orientado pelos golpistas.

Com efeito, não se ignora que a relação jurídica estabelecida entre as partes é de natureza consumerista, de modo que a responsabilidade da instituição

Acesso ao Sumário

financeira é objetiva, conforme estabelece o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Tampouco se ignora o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio da súmula nº 479, cujo enunciado é o seguinte:

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

No entanto, a responsabilização objetiva não dispensa a prova do nexo de causalidade entre a conduta do suposto agente e o dano.

E, na hipótese, o autor não logrou demonstrar qual teria sido a falha da instituição financeira no evento por ela narrado.

De fato, o próprio requerente admitiu na peça recursal que "*Dessa ligação para o SAC do Banco Itaú o autor descobriu, dentre outras coisas, que caiu em um golpe*" (fl. 3).

Além disso, deve-se levar em consideração que não foram os terceiros que, de posse dos dados pessoais e sigilosos do autor, realizaram o PIX em próprio favor.

Pelo contrário, foi o autor que, cedendo aos pedidos dos estelionatários, realizou as transferências que culminaram no dano material.

Nesse ínterim, convém salientar que, pelas próprias palavras do autor, a ação dos estelionatários sequer foi engenhosa. Confira- se:

> "*Cintia", muito calma e tranqüila, de voz serena e com argumentos técnicos, começou a descrever o passo a passo pelo qual o autor deveria percorrer para o cancelamento dos PIX, que seriam os seguintes passos, entrar no PIX e escrever a mensagem cancelar agendamento do PIX, digitar 0,01, digitar o CPF do estelionatário (Micaela), voltar e colocar o valor de R$ 4.880,00, e depois, digitar a senha do PIX, que já seria cancelado automaticamente*."

Ora, as orientações passadas pelos terceiros representam justamente o procedimento necessário para que se faça um PIX, de modo que não houve interferência da instituição financeira ré durante a operação.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, não socorre ao apelante o argumento de que a instituição financeira deveria ter bloqueado as operações por serem suspeitas, isto é, destoarem do perfil de gastos do autor.

Ora, a instituição financeira requerida tão somente cumpriu a ordem de pagamento enviada pelo autor, demonstrando que a operação foi devidamente autenticada a partir do dispositivo do requerente, habitualmente utilizado nesta modalidade de transação.

Ademais, constata-se dos extratos bancários acostados aos autos que o autor movimentava a conta continuamente e em valores consideráveis (fls. 94/104).

Outrossim, o próprio autor confessa que as transferências impugnadas estavam de acordo com seu perfil de gastos: "*O detalhe que, convenientemente, ficou de fora nesse organograma da contestação é que os golpistas tinham TODOS os dados do autor, mas não só os dados, usavam do MESMO TELEFONE da agência, com os MESMOS NOMES DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO.* ***Até os limites eles sabiam, pois pediram valores que estavam dentro do "aceitável", para o perfil do autor***" (fl. 131).

Por fim, também não foi demonstrado que as quantias transferidas para terceiros excederam eventual limite permitido para a conta corrente.

A bem da verdade, a tese autoral é forte na premissa de que o golpe só foi perpetrado em razão do vazamento de dados pessoais do autor pelo banco réu.

Ocorre que não há um único indício ou documento que aponte para tanto, isto é, não há provas de que houve o vazamento de dados conforme narrado.

Portanto, embora se lamente a situação experimentada pelo autor, não há como imputar ao banco réu a responsabilidade pela efetivação das transações, haja vista que a ordem para sua realização partiu do próprio requerente, ludibriado por terceiro sem indício de vínculo algum com a instituição financeira.

Em casos análogos, assim decidiu esta 11ª Câmara de Direito Privado:

> "*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - Transação bancária (PIX) - Autor que alega ter sido vítima de golpe ao baixar aplicativo que permitiu acesso remoto à sua conta bancária por estelionatários e efetivar duas transferências bancárias em favor destes, nos valores de R$ 10.000,00 e R$ 20.000,00 - Pretensão de condenação da instituição financeira, na qual mantém conta corrente, a restituir os valores transferidos - Sentença de improcedência - Insurgência do autor - Descabimento -* ***Embora a responsabilidade da instituição financeira seja objetiva, é imprescindível a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do banco e o dano experimentado pelo autor - Hipótese em que o requerente admite ter sido ludibriado, o que culminou na efetivação de duas transferências por meio da ferramenta PIX para conta bancária de terceiro, mantida em outra instituição financeira - Ausência de ato ilícito por parte do réu, que apenas cumpriu as ordens de pagamento enviadas pelo autor - Outrossim, não foi demonstrado qualquer vazamento de dados relacionados ao requerente, mesmo porque foi este quem entrou em contato com os estelionatários e permitiu o acesso remoto à sua conta bancária - Ademais, embora em valores menos expressivos, o autor movimentava constantemente sua conta, inclusive para fins de investimento em renda fixa e criptomoedas - Ausência de demonstração de que as transferências excederam o limite fixado para tanto*** *- Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.*" (TJSP; Apelação Cível 1002031-18.2022.8.26.0062; Relator (a): Renato

Acesso ao Sumário

Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bariri - 2ª Vara; Data do Julgamento: 14/09/2023; Data de Registro: 14/09/2023).

"*RESPONSABILIDADE CIVIL. Golpe do empréstimo.* ***Autor que negociou com estelionatários, por meio de internet e WhatsApp, acreditando se tratar de prepostos da ré e sucumbe à solicitação de depósito em conta de pessoa física, para pagamento de suposto seguro fiança. Pretensão de restituição de valores e responsabilização da ré. Não cabimento. Ausência de ingerência e de conhecimento por parte da ré, que teve seu nome indevidamente utilizado por terceiros para a prática da fraude da qual fora vítima o autor****. Associação ré que, ademais, está inativa, em liquidação ordinária, há vários anos. Hipótese de culpa exclusiva da vítima de terceiro. Aplicação do art. 14, § 3º, II, do CDC. Ação improcedente. Recurso não provido, com majoração de honorários.*" (TJSP; Apelação Cível 1017912-51.2018.8.26.0005; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V - São Miguel Paulista - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/08/2020; Data de Registro: 13/08/2020).

"*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. Ação declaratória de nulidade contratos de mútuos, indenizatória de danos materiais e reparatória de danos morais. Sentença de procedência, em parte, para declaração de inexigibilidade dos contratos e cessação das cobranças das parcelas mensais. (1) Recurso do réu. Preparo recolhido em valor insuficiente. Intimação para supri-lo (art. 1.007, § 2º, do CPC). Descumprimento (recolhimento da diferença sem atualização monetária). Deserção.* ***(2) Transações bancárias fraudulentas. Golpe praticado por Whatsapp. Fornecimento pela autora ao golpista dos dados (agência e conta) e elementos necessários (fotografia de "QR Code") para a efetivação da fraude. Responsabilidade civil objetiva (art. 14 do CDC) e não integral da instituição financeira. Atuações da vítima e do golpista essenciais para o resultado. Culpa da vítima ou de terceiro (§ 3º, III). Inexistência de falha na prestação do serviço bancário*** *(§ 3º, I). (3) Recurso do réu não conhecido e não provido o da autora.*" (TJSP; Apelação Cível 1006842-63.2020.8.26.0006; Relator (a): Gil Coelho; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VI - Penha de França - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/04/2023; Data de Registro: 28/04/2023).

Em suma, reforma-se a sentença a fim de julgar improcedente a pretensão inicial, com inversão do ônus sucumbencial, de modo que fica o autor condenado ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios de 11% sobre o valor da causa.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para julgar a ação improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006859-93.2022.8.26.0438, da Comarca de Penápolis, em que são apelantes NILSON SADER VIDEIRA e HELENA MARIA ROSA VIDEIRA, são apelados GENI PEREIRA DE LORENZO, EDEVIL DE LOURENZO, JERONYMO MARQUES PEREIRA, EDNA CIOCCHI PEREIRA, GENTIL BATISTA PEREIRA, IVETE MARIA LIMA BATISTA PEREIRA, JOSÉ DE SOUZA, GILSON MARQUES PEREIRA, SANDRA REGINA RIBEIRO PEREIRA e GERSYNA MARQUES PEREIRA CERVIGNI.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.480)**

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

São Paulo, 14 de dezembro de 2023.

ALBERTO GOSSON, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES. APELO DA PARTE EMBARGANTE. AFIRMATIVA DE QUE FOI PACTUADO NA ESCRITURA DEFINITIVA DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL QUE A ÚLTIMA PARCELA DO PREÇO SOMENTE SERIA PAGA MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE TRIBUTOS FEDERAIS. PARTE EMBARGADA QUE APRESENTOU CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA COMPROVANDO O PARCELAMENTO DA DÍVIDA E SUSPENSÃO DE EXECUÇÕES FISCAIS, TANTO POR OCASIÃO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, COMO QUANDO INSTADA A RENOVAR AS CERTIDÕES NA FASE RECURSAL. SE O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, LEI COMPLEMENTAR, NOS ARTIGOS 205 E 206 CONCEDE O MESMO EFEITO

Acesso ao Sumário

TANTO PARA A CERTIDÃO NEGATIVA COMO PARA A CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA, A CONCLUSÃO LÓGICA É DE QUE, DE TANTO UMA DECLARAÇÃO, COMO DE OUTRA, EMANAM AS MESMAS CONSEQUÊNCIAS PARA FINS JURÍDICOS. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

NILSON SADER VIDEIRA e **HELENA MARIA ROSA VIDEIRA** ingressam com recurso de apelação à fls. 169/192, da sentença de fls. 160/166, que nos autos dos embargos (nº 1006859-93.2022.8.26.0438) à execução (nº 1005386-72.2022.8.26.0438) que opõem a **GENI PEREIRA DE LORENZO**, casada com **EDEVIL DE LORENZO**; **JERONYMO MARQUES PEREIRA**, casado com **EDNA CIOCCHI PEREIRA**; **GENTIL BATISTA PEREIRA**, casado com **IVETE MARIA LIMA BASTISTA PEREIRA**; **GERCYNA MARQUES PEREIRA CERVIGNI**; **JOSÉ DE SOUZA; e GILSON MARQUES PEREIRA**, casado com **SANDRA REGINA RIBEIRO PEREIRA** julgou-os improcedentes e cominou aos apelantes o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios em favor dos patronos da parte embargada que fixou em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Consta terem os embargantes, ora apelantes, adquirido dos apelados uma área rural contendo 50,9202 alqueires paulistas localizada na Fazenda Cascata, Bairro Água Limpa, em Penápolis, inscrita na matrícula nº 12.501 do Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Penápolis ao preço total de R$5.600.000,00, sendo metade pagos à vista e a outra metade de R$2.800.000,00 em dez parcelas mensais e consecutivas de R$280.000,00 cada uma. Nove das dez parcelas foram devidamente quitadas, porém a última foi retida pelos embargantes ante o argumento de que da escritura definitiva de venda e compra constou expressamente que somente seria paga ante a apresentação de certidão negativa de débitos federais o que não teria sido feito até o presente momento.

Os embargados somente teriam apresentado certidão positiva com efeito de negativa o que não atenderia à expressa exigência feita na escritura de venda e compra.

Os embargantes argumentam que "A escritura não deixa dúvida de que deve ser apresentada certidão negativa de débito, e não positiva com efeito negativo. Afinal, esta última certidão implica na existência de débito com exigibilidade suspensa, quer em razão de parcelamento, quer em decorrência de decisão judicial ainda não transitada em julgado. Se for decorrente de decisão judicial, caso esta seja revogada ou reformada, o débito volta a ser exigido; se decorrente de parcelamento, deixando de ser paga uma ou mais parcelas, o mesmo ocorre, ou seja, a cobrança volta a ser feita" (fls. 4, sem os realces de

Acesso ao Sumário

origem).

Enfatizam que, "... não por acaso foi exigida a apresentação de certidão negativa por ocasião do pagamento da última parcela, a fim de evitar que, em razão de dívidas dos apelados ou de seus antecessores, o imóvel pudesse sofrer constrição, se reconhecida eventual fraude contra credores ou contra a execução" (fls. 171).

Ante o julgamento de improcedência dos embargos, interpuseram este tempestivo e preparado (fls. 193/194, 224/226) recurso de apelação.

Contrarrazões dos embargados à fls. 198/210 em que resumidamente alegam: "... a controvérsia decorre da interpretação equivocada dos apelantes quanto à expressão "certidão negativa federal", inserida no contexto da Escritura Pública, com o único propósito de indicar quanto aos efeitos da certidão exigida, nos termos dos art. 205 e 206 do CTN, ou seja, os vendedores e proprietários anteriores, deveriam demonstrar "regularidade fiscal", "estarem em ordem", contextualizando-se aos termos da escritura, pautada no princípio da boa fé e da lealdade contratual, que inadmite interpretações descontextualizadas, pois, se assim admitíssemos teria o tabelião agido de má-fé, ou, no mínimo, com falta de zelo, pois caso assim pretendesse registrar, teria por obrigação ter aclarado neste sentido, destacando este ponto em negrito, e assim não o fez, pois contextualizada com a escritura pública, refere-se aos efeitos das certidões, tanto é fato que a expressão "certidões negativas federais" foi inserida dentro do contexto de "regularidade fiscal", "estarem em ordem"" (fls. 201, sem os realces de origem).

Argumentam que na dicção do Código Tributário Nacional 'certidão negativa' e 'certidão positiva com efeito de negativa' possuem o mesmo efeito. Asseveram que no ato da assinatura da escritura pública, os embargantes teriam exigido dos embargados e de seus antecessores proprietários, Aurora Marques Pereira e Gilberto Marques Pereira regularidade fiscal mediante apresentação de diversas certidões e dentre elas foram apresentadas as certidões positivas com efeito de negativa relativo aos tributos federais e à dívidas da União, o que teria sido aceito e validado pelos embargantes. Fazem referência à menção feita pelo Tabelião de que após a retificação administrativa através do processo de georreferenciamento todos os vendedores apresentarão nova e obrigatoriamente a certidão negativa de ônus do imóvel, certidões da Receita Federal e relatório de consulta de indisponibilidade comprovando a atual situação deles proprietários e de seus antecessores "como idêntica à da presente data" (fls. 84, é sobre essa última expressão ressalvada que argumentam inexistir óbice para a aceitação integral dos termos da escritura e exigibilidade da última parcela).

Ambas as partes pedem, por seus procuradores, que o julgamento se faça na modalidade presencial porque pretendem sustentar oralmente suas razões (fls. 214 e 220).

Acesso ao Sumário

É o relatório do essencial.

Consta da matrícula (fls. 75/80) que o imóvel pertencia à Aurora Marques Pereira e que por escritura pública de 24/4/2019 o imóvel foi transferido pela proprietária aos seus filhos Geni, casado com Edevil, Jerônimo casado com Edna, Gentil casado com Ivete, Gercyra, viúva, Gilberto casado com Cacilda (os quais posteriormente venderam sua parte para José de Souza, fls. 80) e Gilson, casado com Sandra, a título de doação.

Aos 29/4/2020, os proprietários venderam o imóvel para os embargantes tendo o imóvel passado a se chamar Fazenda Santa Apolônia (fls. 80).

À fls. 84, o Oficial do Cartório fez constar a apresentação de certidões federais em nome dos vendedores, positivas com efeito de negativas ali descritas e que as partes declararam responsabilizarem-se expressa e solidariamente por impostos ou taxas que eventualmente viessem a recair sobre o imóvel e que este se encontrava em fase de retificação administrativa e que a escritura somente seria registrada após a conclusão do processo de georreferenciamento, além do que, na ocasião do registro, todos os vendedores deverão apresentar novamente e obrigatoriamente, a certidão negativa de ônus do imóvel, certidões da Receita Federal, e relatório de consulta de indisponibilidade, tudo em seus nomes e de seus antecessores proprietários, comprovando a atual situação deles proprietários e seus antecessores como idêntica à da presente data.

Na sequência:

"Que por ocasião do pagamento da última parcela, todos os vendedores deverão comprovar, suas situações regulares junto à Receita Federal, inclusive com referência aos seus antecessores proprietários Aurora Marques Pereira e Gilberto Marques Pereira, comprovando estarem em ordem, através de Certidões Negativas Federais, sob pena da suspensão do pagamento da última parcela, pelos compradores, que nesta situação fica isenta da condição resolutiva constante da presente escritura, sendo que em caso de qualquer pendência, a parcela será quitada sem acréscimo de multa, juros ou correção monetária, tão logo regularizada a situação" (fls. 84/85).

Passo a fundamentar e a votar.

Os compradores argumentam que por ocasião do registro deveriam ser apresentadas as certidões negativas federais sem condicionantes, enquanto os vendedores argumentam que bastaria manter a mesma situação retratada na escritura, ou seja, certidões positivas com efeito de negativas para ser considerada a regularidade da situação, ao que os compradores contra-argumentam que continuariam expostos a eventual configuração de fraude à execução.

Considere-se que ambas as partes são capazes, inexistindo sinais de vulnerabilidade.

À fls. 227 este relator determinou aos embargados que apresentassem dentro do prazo de 30 (trinta) dias as certidões negativas federais ou as certidões positivas com efeito de negativas referentes a todos os tributos da União,

Acesso ao Sumário

devidamente validadas, sejam as dívidas que se encontrem na fase administrativa, sejam aquelas na fase judicial (acompanhadas das certidões de objeto e pé), para apreciação deste Juízo de segundo grau.

Seguiu-se a petição de fls. 230/232 e a documentação de fls. 233/288.

A parte embargante manifestou-se à fls. 292/298, batendo-se pela necessidade de expedição de certidões negativas de âmbito federal tanto para Gentil Batista Pereira como para Gilberto Marques Pereira dando ênfase para consolidação de dívida e renovação do parcelamento que teria sido feito após o despacho de fls. 227, questionando a situação em alguns processos movidos pela União contra as partes assinaladas e pedindo o provimento do recurso nos termos formulados nas razões recursais.

Volta-se para o ponto fulcral da controvérsia.

Os apelantes não querem ser surpreendidos com a eventual perda do imóvel diante da ruptura dos parcelamentos e retomada das execuções fiscais.

A certidão positiva com efeito de negativa vem prevista no artigo 206 do Código Tributário Nacional:

> Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.
>
> Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.
>
> Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa (grifei).

À fls. 250 e às fls. foi juntada Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União em nome de Gentil e de Gilberto com validade até 19/3/2024.

Anteriormente e por ocasião da prolação da sentença também prevaleciam certidões do mesmo teor.

Se o Código Tributário Nacional, norma federal que goza do *status* de lei complementar enuncia que a certidão positiva com efeito de negativa tem o mesmo efeito que a certidão negativa, por certo que de ambas as declarações emanam os mesmos efeitos para fins jurídicos.

Nesse sentido os seguintes julgados deste Tribunal:

> REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. Impetrantes que objetivam desmembrar determinado imóvel apresentando, para tanto, certidão positiva com efeito de negativa. Municipalidade que rejeitou o pedido com base no art. 53, § 3º de sua Lei Complementar nº 319/2017, exigindo certidão negativa. Sentença na origem que concedeu a ordem

Acesso ao Sumário

e que deve ser mantida. Lei municipal que contraria os arts. 205 e 206 do Código Tributário Nacional. **Lei, doutrina e jurisprudência que outorgam os mesmos efeitos para a certidão negativa e a certidão positiva com efeito de negativa**. Posterior alteração da redação da lei municipal que se adequou também a esse entendimento, permitindo a apresentação de certidão negativa ou de certidão positiva com efeito de negativa. Sentença concessiva mantida. Remessa necessária não provida.

(TJSP; Remessa Necessária Cível 1019978-29.2021.8.26.0577; Relator (a): Heloísa Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/10/2022; Data de Registro: 17/10/2022).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARROLAMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO. NECESSIDADE DO BENEFÍCIO NÃO COMPROVADA. MONTE-MOR DE VALOR ELEVADO. AUTORIZAÇÃO DE DIFERIMENTO DO RECOLHIMENTO DA TAXA JUDICIÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 4º, § 7º, DA LEI ESTADUAL Nº 11.608/03. DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE BENS IMÓVEIS. INVIABILIDADE. **CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS NEGATIVOS QUE EQUIVALE À CERTIDÃO NEGATIVA**. MOMENTO DO RECOLHIMENTO DO ITCMD. QUESTÃO SUBMETIDA À ANÁLISE DO STJ (TEMA 1074). SUSPENSÃO DETERMINADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Embora não faça jus à concessão do benefício da gratuidade da justiça o espólio que não comprova a insuficiência financeira para suportar o ônus econômico da demanda, é possível o diferimento do recolhimento das custas. 2. Como a certidão positiva com efeitos negativos equivale à certidão negativa, não há fundamento para condicionar o pagamento do débito à homologação da partilha. Precedentes. 3. Havendo controvérsia, em arrolamento, sobre a necessidade de se comprovar o pagamento do ITCMD como condição para homologação da partilha, deve-se suspender o feito, nos termos da decisão do C. STJ (Tema 1074).

(TJSP; Agravo de Instrumento 2001801-48.2022.8.26.0000; Relator (a): Maria do Carmo Honorio; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Leme - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/07/2022; Data de Registro: 27/07/2022).

Agravo de instrumento. Inventário. Decisão indeferiu homologação da partilha em razão da existência de débitos junto à Fazenda Pública do Município. Débitos de água, esgoto e IPTU. Insurgência da inventariante. Alegação de que débitos foram parcelados. Obtida certidão positiva com efeitos negativos. Requerimento para que partilha seja deferida. Parcelamento suspende a exigibilidade do crédito tributário. **Certidão positiva de débitos com efeitos negativos tem o mesmo efeito de certidão negativa. Aplicabilidade do disposto nos artigos 151, inciso IV, 205 e 206, todos do CTN.** Parcelamento tem sido regularmente adimplido,

Acesso ao Sumário

conforme reconhece o munícipio. Afastada impossibilidade de homologação da partilha. Precedentes. Recurso provido.
(TJSP; Agravo de Instrumento 2001108-98.2021.8.26.0000; Relator (a): Edson Luiz de Queiróz; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Birigui - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/06/2021; Data de Registro: 10/06/2021).
Ação de arrolamento sumário - Decisão agravada que determinou que se aguarde em arquivo a comprovação do pagamento integral do parcelamento dos débitos municipais - Inconformismo da parte autora - Acolhimento - Certidão positiva com efeito negativo que torna desnecessária a quitação integral do débito tributário para o prosseguimento da ação - **Hipótese em que o parcelamento do débito suspende a sua exigibilidade, de modo que a certidão positiva com efeito de negativa apresentada equivale a uma certidão negativa** - Arrolamento que comporta regular prosseguimento. - Exegese dos artigos 151, VI, 205 e 206 do CTN - Recurso provido.
(TJSP; Agravo de Instrumento 2285045-90.2019.8.26.0000; Relator (a): Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ibitinga - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/03/2020; Data de Registro: 03/03/2020).
INVENTÁRIO - DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE LEVANTAMENTO DE VALORES EXISTENTES EM FUNDO DE INVESTIMENTO VINCULADO A CONTA CORRENTE DE TITULARIDADE DO "DE CUJUS" - MONTANTE RESERVADO PARA PAGAMENTO DE DÍVIDA DO ESPÓLIO JUNTO À RECEITA FEDERAL - **EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA DE DÉBITOS RELATIVOS AOS TRIBUTOS FEDERAIS E À DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO - DOCUMENTO QUE FAZ PROVA DA QUITAÇÃO, DE MANEIRA QUE NADA OBSTA O LEVANTAMENTO DA DISCUTIDA IMPORTÂNCIA** - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 151, INC. VI, 205 E 206, TODOS DO CTN - PRECEDENTES - AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO
(TJSP; Agravo de Instrumento 2213923-51.2018.8.26.0000; Relator (a): Theodureto Camargo; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 10ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 12/02/2019; Data de Registro: 12/02/2019).
(grifei)

Conclusão.

Ante o exposto **meu voto nega provimento ao recurso** e eleva os honorários em favor dos patronos da parte apelada para 12% (doze por cento) sobre o valor corrigido da causa, nos termos do § 11, do art. 85, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002975-43.2020.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado F.N.L. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado/apelante A.N.L.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso principal e Negaram provimento ao adesivo. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.597)**

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

São Paulo, 7 de dezembro de 2023.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação de indenização por danos morais - Abandono afetivo - Ação movida pelo filho menor (primogênito) em face do genitor - Sentença de parcial procedência - Insurgência de ambas as partes - Laudo multidisciplinar elaborado de forma imparcial por profissionais tecnicamente qualificadas que se portam por fé-pública - Preliminar de nulidade do estudo psicossocial que se afasta - Ruptura do vínculo paterno-filial quando o menor contava com 3 anos em decorrência do rompimento do relacionamento entre os pais, com constituição de nova família e formação de nova prole pelo genitor - Abandono afetivo, que vem se prolongando ao longo do tempo, e suas consequências, bem comprovadas - Dever de indenizar - "Quantum" indenizatório fixado em R$15.000,00 que comporta majoração para R$30.000,00 considerando-se a gravidade dos danos ao desenvolvimento emocional e psicológico do menor e a capacidade econômica do genitor - Recurso principal parcialmente provido e recurso adesivo não provido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório de fls. 359/362, acrescento ter a r. sentença apelada julgado parcialmente procedente o pedido de indenização por danos morais derivados de abandono afetivo, moral e material para condenar o réu a pagar ao autor o

Acesso ao Sumário

valor de R$15.000,00 (quinze mil reais) corrigido monetariamente desde a sentença e acrescidos de juros de mora a contar da citação. Diante da sucumbência, condenou o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação.

Apela o autor (fls. 378/435). Em sede de preliminar narra acontecimentos que afirma terem causado-lhe estranheza quanto à rapidez da movimentação processual, especificamente quanto ao peticionamento feito pelo réu e prolação da sentença após 25 horas do referido peticionamento e nos termos por ele pleiteado. Apresenta um resumo dos fatos enfatizando sobre a diferença de tratamento em relação aos seus irmãos de outro leito, tanto em relação à convivência quanto ao padrão de vida. Busca a reforma da r. sentença para que seja majorado o valor da indenização ao patamar de 200 salários mínimos sustentando que, conforme prova dos autos, o apelado apresenta excelente condição financeira e, de forma reiterada nos autos, mente em relação a presentes que afirmou terlhe dado além de outras inverdades, denotando-se que seu genitor tem prazer em prejudicar lhe. Narra que desde os 3 anos de idade foi afastado do convívio com a família paterna e vive a situação de abandono por parte de seu genitor desde então, asseverando que enquanto seu genitor tem um excelente padrão de vida, vive de forma mais do que simples e humilde como bem reconhecido pelo DD. Promotor de Justiça e pelo MM. Juízo sentenciante concluindo que a indenização fixada se mostra incoerente. Pugna pela majoração dos honorários sucumbenciais.

Adesivamente recorre o réu (fls. 466/483). Aduz que a r. sentença fundamentou-se em laudo psicossocial flagrantemente nulo, tendo suscitado a nulidade na primeira oportunidade quando instado a manifestar-se sobre o laudo. Assevera que o laudo violou a boa-fé objetiva e a proibição a comportamento contraditório afirmando que "*As informações prestadas pelas técnicas eram claras, o recorrido seria ouvido em conjunto com seu pai, recorrente, às 16h00, gerando a justa expectativa de que a verdade fosse esclarecida e o adolescente poderia falar livremente, livre do receio de descontentar sua mãe, por quem nutre verdadeiro temor referencial. Mas as técnicas não cumpriram àquilo que se comprometeram e se abstiveram de ouvir pai e filho juntos, acreditando piamente na versão da mãe e do adolescente.*" (fls. 469), concluindo que as técnicas deixaram de agir com imparcialidade e que era essencial a entrevista pessoal conjunta entre pai e filho e, portanto, violados os Arts. 5º, 6º e 7º, do Código de Processo Civil. Quanto ao mérito, afirma que não condiz com a imagem do pai retratado na petição inicial e, ainda que não seja um "pai perfeito", somente o abandono afetivo completo ensejaria a condenação. Relata os contatos que teve com o filho, salientando que não há tratamento diferenciado entre o apelado e os seus outros filhos. De forma subsidiária, caso se entenda pela manutenção de sua condenação, pugna pela redução da indenização ao patamar de R$5.000,00

Acesso ao Sumário

(cinco mil reais) sob o fundamento de que o valor fixado pela r. sentença somente se justifica em situações mais gravosas, devendo evitar-se a monetização do afeto. Colaciona julgados no sentido de seu entendimento.

Os recursos foram recebidos e processados (fls. 436 e fls. 487).

Contrarrazões do réu (fls. 439/465) e do autor (fls. 490/498).

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pelo parcial provimento do recurso do autor para majorar a indenização pra R$100.000,00 e desprovimento do recurso do réu (fls. 508/516).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 505).

É o relatório.

A narrativa do autor, trazida como preliminar, quanto à rapidez da movimentação processual, especificamente quanto ao peticionamento feito pelo réu e prolação da sentença após 25 horas do referido peticionamento e nos termos por ele pleiteados, deve ser direcionada aos órgãos próprios de controle e fiscalização a que são submetidos os magistrados, não havendo nada a ser decidido quanto a mencionada narrativa em sede de apelação. Por outro lado, não se vislumbra qualquer irregularidade na condução de feito, e ao contrário, deve ser observado que a rapidez na solução dos litígios é almejada por todos os operadores do direito, não sendo compreensível, em princípio, a insurgência daquele que teria interesse em pronta resolução da lide.

A arguição da parte ré de nulidade do laudo multidisciplinar, sob o fundamento de que houve parcialidade das profissionais que o elaboraram porquanto não foi feita a entrevista pessoal e conjunta com o menor, não enseja qualquer tipo de desconsideração das conclusões do laudo. Aliás, ficou bastante clara a razão pela qual não foi realizada entrevista conjunto entre pai e filho, relatando as profissionais a absoluta recusa do filho adolescente, o que, por óbvio, tem uma razão de ser e ainda impossibilita um contato tranquilo para a finalidade almejada naquela oportunidade.

O laudo foi elaborado por profissionais tecnicamente qualificadas, integrantes do Tribunal de Justiça e que se portam por fé pública diante da investidura dos cargos que ocupam e, portanto, afastada a arguição de nulidade do laudo por imparcialidade.

Acesso ao Sumário

Nesse passo, oportuno deixar consignada a manifestação do Ministério Público (fls. 288/289):

> "*Convém salientar, outrossim, que o laudo encartado a fls. 195/203 é claro ao pontuar que o menor, "ao ser consultado em relação à proposta inicial quanto à realização de um atendimento conjunto com o genitor, negou com veemência tal possibilidade".*
>
> *Portanto, tendo em vista o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, foi necessário atender a vontade do menor, assegurando-se a efetivação dos seus direitos fundamentais.*"

Cuida-se de ação de indenização por danos morais por abandono afetivo na qual o autor - menor com 11 anos quando da propositura da ação - alega ser fruto de relacionamento estável entre seus genitores e ter sofrido abandono afetivo por parte de seu genitor desde os 3 anos de idade, por ocasião de núpcias contraídas por ele com outra mulher, tendo ocorrido o afastamento completo com o nascimento de seus outros filhos em situação que o deixou em grande sofrimento, tanto mais diante da ampla distinção feita por seu genitor entre a sua prole envolvendo tanto a questão afetiva quanto material. Narrou que seu genitor mantém elevado padrão de vida com viagens e festas de aniversários proporcionadas aos outros filhos, sendo totalmente excluído dessas vivências. Buscou a condenação do réu no pagamento de indenização no montante de 200 salários mínimos como forma de compensar as consequências que reputa como gravíssimas e danosas ao seu desenvolvimento social, psicológico e físico por conta da conduta lesiva de seu genitor.

O amplo conjunto probatório produzido nos autos foi capaz de comprovar a efetividade do abandono afetivo por parte do genitor em relação ao seu filho primogênito F., fruto de relacionamento havido entre o réu A. e a genitora do menor, R.

Com o rompimento da relação entre os genitores do menor F. tendo o réu iniciado novo relacionamento e constituído nova família com o nascimento de 3 filhos, passou o réu a dedicar-se de forma mais intensa tanto no aspecto afetivo quanto no material (viagens e festas, especialmente as de aniversário) ao seu novo e atual núcleo familiar, deixando de se dedicar, minimamente, ao seu primogênito, que sentiu as consequências ao longo desses anos da ausência de seu pai além da mencionada dedicação aos outros filhos, em evidente detrimento da boa e salutar convivência entre ambos, provocando-lhe comprometimento e sofrimento emocional.

Nesse sentido o estudo psicossocial bem apontou os danos que sofre o menor diante do abandono afetivo, destacando-se:

> "O adolescente foi enfático ao expressar seus sentimentos vivenciados na relação estabelecida com o genitor, marcados pela tristeza, frustração, raiva e autodesvalorização. Ao ser consultado em relação à proposta inicial quanto à realização de um atendimento conjunto com o genitor, negou com veemência tal possibilidade.
>
> Declarou suas impressões quanto da participação do genitor em seu cotidiano: que o mesmo permanece vários meses sem estabelecer qualquer contato e, quando o faz, tais encontros se dão marcados pela artificialidade, uma vez que ocorrem somente por insistência de sua genitora e, ainda assim, com pouca interação do genitor consigo. Disse: "*ele se preocupa em ficar tirando fotos minhas*" (sic).
>
> (...)

Acesso ao Sumário

"Entretanto, ainda que atribua à genitora ou ao próprio F. as dificuldades encontradas na visitação e, por conseguinte, na construção da vinculação com o mesmo, seu discurso expressou dados subjetivos importantes que demonstram o quanto o Sr. A. não reconhece F. como seu filho, a saber: referir-se ao filho L. como seu primogênito (ignorando a realidade fática de que F. é seu filho mais velho, nascido anteriormente ao casamento atual). Em outro momento, descreveu os filhos da segunda união com a expressão ***"meus filhos de verdade"***. - destaquei.

Tais considerações tiveram por objetivo apresentar os elementos necessários à conclusão de que o genitor, em relação ao exercício da parentalidade e do ponto de vista do adolescente, não a exerce em plenitude, restringindo-se ao pagamento da pensão alimentícia e visitas esporádicas, o que acarretou a falha na construção da vinculação paterno-filial e prejuízos à subjetividade do adolescente."

E ainda: (fls. 268):

"Mostra-se oportuno igualmente salientar que as considerações técnicas elaboradas são construídas a partir de análise dos discursos apresentados pelos entrevistados, das observações realizadas, inclusive, dos atos falhos ocorridos, não se tratando da exposição literal dos relatos. Neste contexto, **o sr. A. por várias vezes em sua entrevista, identificou o seu filho L. como sendo seu filho mais velho, sendo este, entretanto, mais novo que F.**" - destaquei.

Ademais, importante salientar que as publicações em redes sociais feitas pelo genitor e sua família referentes às viagens, festas e demais comemorações (fls. 29/34), podem impactar de forma negativa nas emoções e sentimentos do menor.

Nesse sentido, julgados deste E. Tribunal de Justiça, inclusive desta C. Câmara:

ABANDONO AFETIVO - Indenização por dano moral - Possibilidade - É inequívoco que a rejeição paterna é causadora de sentimentos negativos de abandono, desprezo e desconsideração, não havendo necessidade da realização de qualquer prova psicológica para reconhecer-se o dano moral, pela injustiça da conduta paterna - Genitor que não se desincumbiu de provar que efetivamente empreendeu esforços contínuos para manter contato com a autora - Provados o dano psicológico, a conduta omissiva do autor e o nexo de causalidade, resulta a obrigação de indenizar - Sentença mantida - Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação 1009957-33.2021.8.26.0564; Relator (a): Alcides Leopoldo; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 1ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 18/01/2023; Data de registro: 18/01/2023);

RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos morais - Filha em face do pai - Autor que após a separação da genitora da ré realizou poucas visitas - Réu

que permaneceu distante por longos anos - Alegação de distanciamento da filha por atritos com a genitora - Inadmissibilidade - Dever de cuidado dos genitores que deve prevalecer - Parentalidade responsável - Conduta que configura abandono moral - Estudo psicológico que concluiu pela existência do dano psicológico - Indenização devida - Precedentes do STJ nesse sentido - Montante fixado na sentença que deve ser mantido - Valor de R$ 15.000,00 que se mostra consentâneo com os fatos - Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação 1003491-52.2014.8.26.0278; Relator (a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itaquaquecetuba 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/11/2021; Data de registro: 11/11/2021).

Assim também o entendimento do C. STJ (https://ibdfam.org.br/noticias/9392/Abandono+afetivo%3A+STJ+condena+pai+a+pagar+indeniza%C3%A7%C3%A3o+por+danos+morais+%C3%A0+filha%3B+especialista+comenta):

"***Não existem ex-pai e ex-filho, ressaltou a ministra Nancy Andrighi***

Já a Terceira Turma do STJ considerou não haver restrição legal para a aplicação das regras de responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, porque os artigos 186 e 927 do Código Civil tratam do tema de forma ampla e irrestrita. "O recorrido ignorou uma conhecida máxima: existem as figuras do ex-marido e do ex-convivente, mas não existem as figuras do ex-pai e do ex-filho", afirmou a relatora do recurso da filha, ministra Nancy Andrighi.

Segundo Andrighi, a reparação de danos em virtude do abandono afetivo tem fundamento jurídico próprio, bem como causa específica e autônoma. Não se confundem com as situações de prestação de alimentos ou perda do poder familiar, relacionadas ao dever jurídico de exercer a parentalidade responsavelmente.

Para a magistrada, se a parentalidade é exercida de maneira irresponsável, negligente ou nociva aos interesses dos filhos, e se dessas ações ou omissões decorrem traumas ou prejuízos comprovados, não há impedimento para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelos filhos. Esses abalos morais, afinal, podem ser quantificados como qualquer outra espécie de reparação moral indenizável."

O número do processo não foi divulgado em razão de segredo judicial.

Fundamentada a condenação por danos morais, passa-se a analisar o *quantum* indenizatório.

O valor da indenização por danos morais não pode representar uma premiação à vítima, destinando-se à justa compensação pelos danos experimentados, não podendo caracterizar enriquecimento sem causa, vedado pelo ordenamento jurídico. Não deve, ademais, mostrar-se ínfimo a ponto de não indenizar

Acesso ao Sumário

condignamente o atingido, devendo adequar-se à gravidade do fato e suas consequências.

No caso dos autos, considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os danos de ordem emocional e psicológica que vem se prolongando ao longo de anos, com ruptura da relação "pai-filho" e a inconteste capacidade financeira do genitor - empresário do ramo de operações portuárias e outras (fls. 20/25) - o montante da indenização, fixada em R$15.000,00 mostrou-se módica, devendo ser majorada para R$30.000,00 (trinta mil reais) que é adequado para a hipótese, não sendo motivo de enriquecimento sem causa e servirá à justa compensação pelos danos experimentados pelo menor, assim como reprimenda pela conduta indevida por parte do genitor. A indenização não tem como escopo igualar o nível socioeconômico de ambas as famílias e sim compensar os danos experimentados pelo autor. Anota-se que o afeto, amor e confiança não podem ser monetizados, mas é preciso que com a presente condenação a situação vivida pelas partes comece a mudar para melhor, reconhecendo o réu seu papel como pai do autor, a quem deve assistência, carinho e amor, deixando de atribuir culpa a terceiros e reconhecendo sua própria responsabilidade no evento.

Neste contexto, de rigor a reforma parcial da r. sentença para majorar o valor da indenização.

Em atendimento ao disposto no Art. 85, §11 do Código de Processo Civil, majoro o valor dos honorários advocatícios de sucumbência para 15% sobre o valor da condenação.

Em face do exposto, pelo voto, Dá-se parcial provimento ao recurso principal e Nega-se provimento ao adesivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1017741-77.2022.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante EVERTON FERREIRA DO SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado HEY FIT ACADEMIA SEVEN ACADEMIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.256)**

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

São Paulo, 19 de dezembro de 2023.

CARMEN LUCIA DA SILVA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. Ação que visa a indenização por danos morais. Relação de consumo. Acidente em academia de ginástica. Autor que estava realizando exercício conhecido como "pulley tríceps cross" no aparelho da ré quando algo do equipamento se desprendeu e acertou sua cabeça, causando um corte que precisou de pontos para cicatrização. Sentença de improcedência do pedido. Apelo do autor. Alegação de deserção. Afastamento. Demandante requereu a concessão do benefício da gratuidade de justiça em sede de recurso. Art. 99, § 7º, do CPC. Demonstração da insuficiência de recursos financeiros. Gratuidade de justiça concedida com efeito "ex nunc". Mérito. Responsabilidade objetiva da recorrida. Art. 14 do CDC. Ausência de demonstração das causas de excludentes de responsabilidade. Além de a recorrida não ter demonstrado que o recorrente estava realizando incorretamente o exercício no equipamento, também não corrigiu o erro através de seus instrutores. Consumidor que sofreu um corte em sua cabeça e precisou ficar dois dias afastado do trabalho. Dano moral configurado. Indenização fixada em R$ 8.000,00. Correção monetária desde o arbitramento e juros de mora a partir da citação. Súmula 362 do C. STJ e art. 405 do CC. Inversão do ônus de sucumbência. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença proferida a fls. 127/129, que julgou improcedente o pedido e condenou o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado fixados em 20% do valor da causa.

Inconformado, o demandante apela (fls. 142/154). De início, requer a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça.

Sustenta que foi claramente demonstrado que o acidente ocorreu pela falha de manutenção do equipamento por parte da ré, além de que a professora de ginástica que estava presente na sala de musculação no momento do acidente que foi ouvida em audiência confirmou que sequer presenciou os fatos.

Ressalta que a recalcitrância da demandada em fornecer as imagens da câmera do dia corroboram a sua culpa, dado que propositadamente se esquivou de juntar esse documento que mostraria como o acidente aconteceu.

Acesso ao Sumário

De mais a mais, afirma que treina há anos e jamais aconteceu algo semelhante, que o exercício realizado no equipamento em questão - a polia ou o "pulley" - é uma máquina versátil e na qual se pode fazer variados exercícios físicos.

Outrossim, não houve um atendimento adequado por parte dos prepostos da recorrida após o acidente.

Nestes termos, requer a reforma da r. sentença.

Recurso tempestivo, dispensado de preparo e contrarrazoado (fls. 171/183).

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Rejeito a alegação de deserção porquanto o art. 99, § 7º, do CPC possibilita o requerimento da concessão da gratuidade de justiça em sede de recurso, ocasião em que o recorrente está dispensado do recolhimento do preparo.

É certo que a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXIV, dispõe que: "*O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.*"

O referido dispositivo legal estabelece que a pessoa natural ou jurídica, seja brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado tem direito à gratuidade da justiça na forma lei.

Porém, a presunção de hipossuficiência não é absoluta, podendo o juiz indeferir o pedido de gratuidade se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais.

O magistrado ou o Tribunal não está obrigado a aceitar a declaração de insuficiência econômica para obtenção do benefício da assistência judiciária se estiverem presentes circunstâncias que evidenciem ter a parte requerente condições de suportar as despesas do processo.

Pois bem. No caso dos autos, o recorrente trouxe aos autos sua carteira de trabalho (fls. 232/233), a qual mostra que recebe quase dois salários mínimos, extrato bancário (fls. 207/225) e recibo de entrega de imposto de renda dos anos de 2022 e 2023 (fls. 226/231), em que o maior total de rendimentos tributáveis foi de quase R$ (...).

Tais documentos são suficientes para a demonstração da hipossuficiência de recursos para arcar com o pagamento das custas e despesas processuais.

Cumpre ressaltar que para a concessão do benefício não se exige pobreza extremada, penúria, miséria, mas simples falta de recursos para arcar com as despesas geradas por litigar em juízo.

E, nos termos do art. 99, § 4º, do CPC "*a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça*".

Contudo, a gratuidade de justiça que ora é concedida ao recorrente deve

Acesso ao Sumário

operar efeitos *ex nunc*, ou seja, será aplicável apenas às custas e despesas processuais vincendas.

Nesse sentido já se manifestou este E. Tribunal de Justiça em casos análogos:

> "*AÇÃO COBRANÇA DE DESPESAS CONDOMINIAIS EM FASE DE EXECUÇÃO - PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA FORMULADO DEPOIS DE PROFERIDA A SENTENÇA - EFEITOS EX NUNC - RECURSO IMPROVIDO. Embora o pedido de gratuidade possa ser formulado no curso do processo, não tem o condão de operar efeitos retroativos*". (TJSP; Agravo de Instrumento 2261636-22.2018.8.26.0000; Relator (a): Renato Sartorelli; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/02/2019; Data de Registro: 14/02/2019)

Assim, impõe-se, a concessão da gratuidade pretendida, com a ressalva mencionada.

Quanto ao mais, as razões do recurso preenchem os requisitos previstos nos arts. 1.007 e 1.010, notadamente seus incisos II e III, ambos do CPC, tendo sido trazidos à baila as razões de fato e de direito do inconformismo, permitindo o seu conhecimento.

Cuida-se de ação movida por **EVERTON FERREIRA DOS SANTOS** em face de **SEVEN ACADEMIA LTDA.**, fundada em contrato de prestação de serviços de musculação e ginástica.

Adoto o relatório da sentença que bem expôs a pretensão da parte, e os fatos ocorridos até sua prolação:

> "*1. Relatório. 1.1. EVERTON FERREIRA DOS SANTOS promove ação de conhecimento em face de SEVEN ACADEMIA LTDA. Alega que, em 3.2.2022, 'ao usar um dos aparelhos da academia com nome de PULLEY TRICEPS CROSS, uma das peças do aparelho se soltou atingindo a cabeça do requerido, causando-lhe um corte em sua cabeça, tal acidente trouxe desespero de sua companheira que também fazia o uso dos serviços da requerida' (v. fls. 2). Afirma que 'não existia nenhum kit de primeiros socorros nas dependências da academia, bem como tal situação foi tratada com desdém pelos gerentes do local que em nenhum momento foram até o requerente sequer perguntar como estava'. Entende que 'o acidente não foi de responsabilidade ou mau uso pelo autor, mas sim por falta de manutenção do aparelho' (v. fls. 3). Pede seja a ré condenada ao 'pagamento de indenização por danos morais, materiais e estéticos no valor de R$10.039,90' (v. fls. 13). 1.2. Indeferiu-se a gratuidade processual (v. fls. 31). 1.3. Em contestação (v. fls. 46/61), com documentos (v. fls. 62/83), argumenta a ré que, 'na data dos fatos [...] e especificamente em relação ao aparelho Pulley Triceps Cross, apesar de orientado sobre a forma correta de utilização [...] o autor: (i) não se posicionou no local correto para realização do exercício; (ii) não fixou corretamente o pino; (iii) inseriu carga excessiva no referido aparelho; e (iv) utilizou o aparelho*

até o nível da cabeça, quando o correto seria até o nível do pescoço' (v. fls. 49). Assevera que, 'caso o autor não estivesse utilizando carga excessiva e tivesse fixado corretamente o pino de trava, a peça do aparelho não teria desprendido' (v. fls. 50). Esclarece que 'os prepostos da ré prestaram os atendimentos iniciais e necessários ao autor, que só não foi levado ao hospital pelos funcionários da academia por sua manifestação de vontade em sentido diverso' (v. fls. 51). A seu ver, houve culpa exclusiva do autor. Rechaça o pedido de indenização por danos morais e estéticos. 1.4. Réplica às fls. 87/102. 1.5. Durante a audiência, ouviram-se o autor, em interrogatório, e uma testemunha indicada pela ré. Ao final, os advogados das partes reportaram-se às alegações anteriores."

O Juízo singular julgou o pedido improcedente por entender que tanto pela narração dos fatos na inicial quanto pelos depoimentos prestados em audiência não é possível concluir se o acidente aconteceu pela má utilização do aparelho de musculação ou se a máquina estava com defeito.

Respeitado o entendimento proferido pelo Magistrado *a quo*, a sentença deve ser reformada.

A relação estabelecida entre as partes é nitidamente de consumo, motivo pelo qual deve ser presumida a boa-fé objetiva da parte autora, podendo ser aplicada todos os princípios e cláusulas gerais que lhe são inerentes.

De fato, o apelate não soube explicar exatamente de que forma a peça do equipamento de ginástica se desprendeu e atingiu a sua cabeça.

Contudo, é certo que a responsabilidade da apelada no caso em questão é objetiva, com base no art. 14 do CDC, somente sendo excluída caso demonstrado que o defeito inexiste ou a culpa exclusiva do consumidor.

No caso, a professora que estava na sala de ginástica no dia do acidente e prestou depoimento não soube esclarecer exatamente como o acidente ocorreu.

Ainda que se leve em consideração o argumento dessa testemunha de que o demandante sofreu o acidente porque "inclinou o corpo para frente quando deveria estar ereto", tal alegação apenas confirma a responsabilidade da academia, tendo em vista que era seu dever informar e corrigir a forma adequada da execução dos exercícios aos alunos. Nesse sentido, a própria cláusula contratual firmada entre as partes (fls. 20/23):

"*Cláusula Primeira - O presente contrato tem como objeto a prestação de serviços pela HEYFIT ACADEMIA ao ALUNO, relacionados à atividade física, com disponibilização de espaço e equipamentos, bem como orientação por intermédio de professores vinculados à HEYFIT ACADEMIA.*"

Por isso, seja porque a professora viu que o exercício estava errado, seja porque não viu pois estava em outro lugar na sala, em ambos os casos resta demonstrada a falha na prestação de serviços da ré, já que era para a mencionada profissional ter corrigido o exercício ou pelo menos ter mais professores em sala para orientar de forma adequada os alunos. A propósito:

"*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Fato do serviço. Acidente de consumo em academia de ginástica, envolvendo aparelho de musculação ('Leg Press 45º'). Autor sofreu fratura nos membros inferiores. Responsabilidade objetiva da fornecedora de serviços nos termos do art. 14 do CDC. Cabia a ré a prova da inexistência de defeito na prestação de seus serviços ou culpa exclusiva do consumidor, nos termos do art. 14, § 3º, I e II do CDC, ônus do qual não se desincumbiu. Danos materiais não demonstrados. Danos morais e danos estéticos caracterizados. Sentença reformada. Recurso provido em parte.*" (TJSP; Apelação Cível 1003895-91.2017.8.26.0248; Relator (a): Gilson Delgado Miranda; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Indaiatuba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/08/2023; Data de Registro: 19/08/2023)

"*APELAÇÃO. ACIDENTE DE CONSUMO. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Sentença de parcial procedência. Ruptura de cabo de equipamento de musculação. Consumidor vitimado por fratura de pododáctilo, em razão da queda de pesos em nexo de causalidade direto e imediato para com o acidente de consumo. Responsabilidade objetiva da fornecedora do serviço ré, a teor do disposto no art. 14 do CDC. Culpa exclusiva da vítima não evidenciada. Caracterização in re ipsa de dano moral indenizável, mercê do atentado à incolumidade física do consumidor, com incontroverso resultado de fratura e afastamento das atividades laborativas por 15 dias. Quantum indenizatório arbitrado em plena sintonia com o duplo escopo, compensatório/punitivo da reparação. Sucumbência mínima do autor. Sentença mantida. Recurso desprovido.*" (TJSP; Apelação Cível 1033827-86.2017.8.26.0002; Relator (a): Airton Pinheiro de Castro; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/12/2020; Data de Registro: 01/12/2020)

Portanto, restou demonstrada a responsabilidade da empresa apelada no acidente.

Quanto ao pedido de indenização por danos morais, não é preciso esforço algum para perceber que os direitos de personalidade do autor foram atingidos, mormente por ter sofrido um corte na cabeça e precisado ficar dois dias afastado do trabalho (fls. 25 e 29).

Na fixação do dano moral urge observar sempre o dimensionamento dos prejuízos suportados e sua repercussão social, a capacidade econômica das partes, a conduta do agente e o grau de culpa com que agiu, além do comportamento da vítima.

De igual maneira deve ser considerado no arbitramento do *quantum* reparatório, o critério sancionador da conduta do agente e compensatório ao sofrimento da vítima, informados também pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade com o fim de evitar o enriquecimento indevido por parte da vítima, bem como de aplicação excessiva da sanção ao agente.

Vale dizer, o valor da indenização deve, então, obedecer aos critérios res-

Acesso ao Sumário

sarcitório e punitivo. Posta a questão nesses termos, mister a reforma da decisão recorrida para fixar a indenização na quantia de R$ 8.000,00, em razão se cuidar de quantia suficiente para tornar indene o ofendido, bem como para inibir a repetição das condutas negligentes por parte da demandada.

O valor deverá ser corrigido desde o arbitramento, conforme a súmula 362 do C. STJ e, como o dano sofrido pelo demandante decorreu da relação contratual estabelecida entre as partes, os juros de mora devem fluir a partir da citação, nos termos do art. 405 do CC.

Ademais, está de acordo com o padrão adotado por esta Colenda Câmara.

Dada a inversão do ônus de sucumbência nesta fase recursal, condeno a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogados fixados em 20% do valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Diante do exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013169-24.2023.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante BANCO ITAUCARD S/A, é apelado JOSÉ EDUARDO MENEZES MARINHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso e majoraram os honorários advocatícios, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26786)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO CELSO DA SILVA (Presidente) e ALEXANDRE DAVID MALFATTI.

São Paulo, 16 de janeiro de 2024.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CARTÃO DE CRÉDITO - Ação declaratória de inexigibilidade de crédito c/c indenização por dano material - Sentença de procedência - Débito em fatura de cartão de crédito decorrente de compra cancelada - Instituição financeira que não se desincumbiu do ônus de provar a regularidade do lançamento - Débito inexigível - Cobrança indevida - Devolução ou estorno cabíveis - Sentença mantida - Recurso desprovido, e majorados os honorários advocatícios (CPC, art. 85, §11).

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 130/133, proferida em 28/08/2023, de relatório adotado, que julgou procedente a ação para "*a) declarar a inexigibilidade do crédito litigioso; b) condenar o réu a restituir ao autor a quantia de R$ 1.899,00 - corrigida monetariamente a partir do ajuizamento da ação (art. 1o., parágrafo segundo2, da Lei n. 6.899, de 8 de abril de 1981), acrescida de juros de mora (legais - art. 4063 do Código Civil) a partir da citação (Súmula 1634 do STF). Tendo em vista a sucumbência suportada que é objetiva5 e de acordo com o art. 85, parágrafo segundo6, do Código de Processo Civil, arcará o réu com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, ora arbitrados, em 15% sobre o valor da condenação*".

Apelo do réu (fls. 138/148) arguindo, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, pois não participou da negociação entre as partes, e, no mérito, alegando, em síntese, ausência de falha na prestação do serviço, pois não houve estorno da operação junto ao Banco, cabendo ao estabelecimento comercial realizar a devolução, e que não há dano material a ser indenizado. Pede provimento para modificação da sentença.

Contrarrazões às fls. 154/167.

É o relatório.

Recurso conhecido. Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal. Partes legítimas e regularmente representadas. A apelação, interposta em 25/09/2023, é tempestiva e preparada (fls. 149/150).

A sentença está proferida com a fundamentação que segue: "*Com efeito, a inversão do ônus da prova, como previsto no Código de Defesa do Consumidor, justamente tendo em vista a "facilitação da defesa dos direitos dos hipossuficientes" implica que a parte autora fica desobrigada de provar o fato constitutivo do seu direito (nesse sentido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Agravo de Instrumento n. 248.313-4 - São Paulo - 7ª Câmara de Direito Privado - Relator: Oswaldo Breviglieri - 23.10.02 - V.U.). Contudo, no caso dos autos nem será necessário se valer dessa premissa. Com efeito, o documento de fls. 15 emitido por empresa vinculada ao banco réu comprova que a compra autorizada no cartão do consumidor foi cancelada. Desta forma, as condutas do réu incluindo a despesa nas faturas de fls. 18 e 20 e debitando os valores da conta corrente do consumidor (cf. fls. 21/23) realmente se mostraram indevidas. Por fim, eventual desacordo entre a operadora do cartão de crédito e a loja que transacionou o produto (que, repita-se, foi cancelada), devem ser objeto de ação própria. O que não se pode aceitar é que o consumidor seja prejudicado por problemas entre os fornecedores que participaram da cadeia de consumo*".

Apresentou o autor, ora apelado, comunicação enviada pela Cielo informando que no dia 17/05/2022 foi cancelada a venda referente ao cartão nº ****

Acesso ao Sumário

**** 3117, TID 27758693051TV7HRD26E, datada de 09/05/2022, no valor de R$ 1.899,00, código de autorização nº 009529 (fls. 15).

Apresentou, também, fatura do cartão de crédito final nº 3117, vencida em 06/06/2022, na qual consta o lançamento da compra feita na loja Iplace.com no valor de R$ 1.899,00 (fls. 18), estorno do valor na fatura vencida em 06/07/2022 (fls. 19) e novo lançamento do valor na fatura vencida em 06/08/2022 (fls. 20).

E e-mail enviado pelo preposto do Banco réu em 23/05/2023 informando que o estorno não foi acatado pelo estabelecimento: "*Eduardo, bom dia! Conforme falamos mai cedo por mensagem no Whatsapp, tivemos a devolutiva do departamento de cartões que o estorno não foi efetivado, pois não foi acatado pelo estabecimento, conforme abaixo: Chegamos até a ultima instancia do processo de intermediação*" (fls. 27).

Ora, se houve prévia comunicação pelo apelante de cancelamento da compra não se sustenta sua última comunicação revertendo essa situação e impondo ao consumidor o ônus financeiro de aquisição que não se efetivou.

Do contexto, não se desincumbiu o réu, de seu ônus probatório de comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte ativa (CDC, art. 6º, VIII, e NCPC, art. 373, inciso II), dever esse que lhe cabia em razão da inversão do ônus da prova nos termos do art. 6º, VIII, do CDC.

E, atuando o réu no sistema financeiro, assume o risco inerente à atividade, respondendo de forma objetiva pelos prejuízos dela decorrente em razão de sua conduta, na forma do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

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

Nessa medida, outra não poderia ser a conclusão a que chegou o juízo "a quo" senão condenar o réu apelante a restituir, e acrescenta-se, estornar, de forma simples, o que foi cobrado do autor apelado, sem prejuízo do direito de regresso em face do lojista.

Nessa quadra, a sentença segue mantida também por seus próprios e jurídicos fundamentos.

E por oferecidas contrarrazões, majoro os honorários advocatícios para 15% (CPC, art. 85, §11).

Anoto ainda entendimento pacífico de que o órgão julgador não está obrigado a citar todos os artigos de lei ordinária, infraconstitucional, ou da Constituição Federal para fins de prequestionamento, no que se consideram automaticamente prequestionadas todas as disposições legais discutidas nos autos.

Na temática o Colendo Superior Tribunal de Justiça estabelece que: "*São numerosos os precedentes nesta Corte que tem por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao*

Acesso ao Sumário

número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida a apreciada" (Rec. Esp. 94.852, SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 13.09.99, pg.1088).

Diante do exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**, e majoro os honorários advocatícios (CPC, art. 85, §11).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009647-30.2022.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante VANDA MARIA DE MENEZES SOUSA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FACTA FINANCEIRA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.352)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO CELSO DA SILVA (Presidente), ALEXANDRE DAVID MALFATTI e PEDRO KODAMA.

São Paulo, 18 de janeiro de 2024.

AFONSO CELSO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação - Ação declaratória de inexistência de débito com repetição de indébito e indenização por danos morais - Sentença de improcedência na origem - Insurgência da autora.
Empréstimo devidamente comprovado por meio de contrato contendo "selfies", geolocalizações, IP e depósito na conta da parte autora.
Parte autora que realizou a transferência de valores para terceiro sem participação da ré, por outra instituição bancária - Situação que não evidencia negligência da requerida ou ocorrência de fortuito interno (Sumula n° 479, do STJ) - Culpa exclusiva da vítima e de terceiro configurada - Aplicação do art. 14, §3º, inciso II, do CDC - Sentença mantida.
Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Acesso ao Sumário

Trata-se de apelação interposta pela autora contra a r. sentença de fls. 171/175, cujo relatório se adota em complemento, que julgou improcedentes os pedidos da ação declaratória de inexistência de débito com repetição de indébito e indenização por danos morais.

Constou do dispositivo:

Posto isso, julgo improcedentes os pedidos formulados por VANDA MARIA DE MENEZES DE SOUSA em face de FACTA FINANCEIRA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO e, por sucumbente, condeno a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais comprovadas, bem como honorários advocatícios, os quais arbitro em 15% do valor atualizado da causa, observado o artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

Anoto que a oposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios (inclusive voltados à mera rediscussão do julgado) poderá dar ensejo à aplicação da multa prevista no artigo 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil.

Caso interposto recurso de apelação, dê-se vista à parte recorrida para contrarrazões.

Após, independentemente de juízo de admissibilidade, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, nos termos do artigo 1.010, § 3º, do Código de Processo Civil, tomando-se as providências necessárias.

Ausente recurso, certifique-se o trânsito em julgado, intimando-se a parte interessada, sendo o caso, para instauração do incidente d cumprimento de sentença, com tramitação em apartado e, exaurida a prestação jurisdicional da fase de conhecimento, providencie-se a baixa do processo e a arquivem-se os autos (código de movimentação 61615).

P. I. C.

Apela a parte autora, alegando, em síntese, que não consentiu que novos contratos de empréstimo fossem feitos em seu nome; que houve manifestação de vontade exclusivamente no sentido de contratar portabilidade; salienta a reclamação feita junto ao Procon às fls. 15/60; que os próprios documentos juntados pela ré em sua contestação corroboram as alegações contidas na inicial e na réplica, no sentido de que os contratos impugnados foram intermediados pela vendedora, supostamente funcionária da empresa MMS; que, por integrar a cadeia de consumo, o Banco deve responder solidariamente com ela pelos danos causados. Pugna, ao final, pela total procedência da demanda.

Foram apresentadas contrarrazões pelo banco, argumentando-se que a r. sentença merece ser mantida (fls. 192/214).

Recurso tempestivo e isento de preparo (fls. 81/83).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito com repetição do indébito e danos morais, aduzindo a parte autora, em síntese, que foi contatada pela empresa MMS, que lhe ofereceu serviços e empréstimos, os quais negou; contudo, recebeu depósitos em sua conta bancária, efetuados pelo Banco Facta, cujos valores são de R$ 18.977,95, R$ 12.525.92 e R$ 8.668,31. Acrescenta, ter imediatamente entrado em contato com a empresa responsável para devolução do valor, o que foi feito, além de ter buscado atendimento junto ao Procon, mas as parcelas contratuais continuam sendo debitadas diretamente do benefício previdenciário.

Requereu a suspensão dos débitos que vêm sendo efetuados pelo banco, sob pena de multa diária; a retirada da inscrição do nome da autora em órgãos de restrição de crédito; a condenação da requerida ao pagamento de indenização a título de danos morais no valor de R$10.000,00.

A liminar foi indeferida (fls. 81/83).

Citada, a requerida alegou ausência de interesse processual; defendeu a legalidade de contratos firmados digitalmente e que a autora havia aceitado todas as condições das contratações, conforme os contratos que apresenta, afirmando que não houve defeito na prestação do serviço, impugnando o pedido de restituição e indenização.

Em réplica (fls. 171/175), a autora reafirmou a realização da devolução dos valores depositados em sua conta.

As partes requereram o julgamento antecipado da lide (fls. 168 e 169)

Ato contínuo, foi sentenciado o feito.

O legislador consumerista, quando trata da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, elenca no §3º do art. 14 do CDC, situações excepcionais, nas quais não haverá responsabilização. São elas:

> *Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:*
>
> *I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;*
>
> *II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*

As provas dos autos demonstram que, efetivamente, o empréstimo foi realizado pela parte autora, eis que o réu se desincumbiu do ônus de comprovar a regularidade da contratação.

A contratação se deu com a identificação do IP, foto, documento pessoal e geolocalização, nenhum destes impugnado especificamente pela parte autora.

Ao se pesquisar as coordenadas indicadas no *Google Maps*

Acesso ao Sumário

(-20.5379479, -47.3590922; -20.537948673370327, -47.35911555364169 e -20.537941609446104, -47.35913987630606), as localizações encontradas se situam na R. Antônio Palamoni - Jardim Palestina, Franca, mesma rua de endereço residencial da autora indicado na exordial.

A própria narrativa da autora é controversa, assim como bem consignou o juízo *a quo*:

> *Na petição inicial afirma que foi contatada pela empresa MMS oferecendo-lhe serviços e empréstimos, propostas muito abstratas, sem especificação de valores, parcelas e juros e, por isso, bem como por não ter interesse em contrair empréstimo algum, não aderiu às propostas feitas.*
>
> *Contudo, em réplica, afirma que recebeu, em abril de 2021, ligação de Jacqueline oferecendo-lhe uma portabilidade dos empréstimos que possuí junto ao Banco BMG S/A para outra instituição (supostamente o Banco Facta S/A) e, seduzida com a promessa de juros menores, interessou-se e enviou para Jacqueline uma cópia de seu documento de identidade e fotos de seu rosto, com a intenção de realizar portabilidade e não novos empréstimos.*
>
> *Ora, inicialmente negava as contratações.*
>
> *Posteriormente, admite ter contratado, mas com intenção de realizar portabilidade, não contratos novos.*
>
> *Nada forte a argumentação apresentada, ausente mesmo a plausabilidade do que alega. Além disso, apenas um dos contratos é de abril de 2021 (vide folhas 118/123), os demais de junho e julho de 2021 (vide folhas 124/129 e 130/135), com créditos na conta bancária da parte autora nos respectivos meses (folhas 139/141).*
>
> *E perceba que os contratos foram assinados digitalmente em dias distintos (13.04.2021, 23.06.2021 e 09.07.2021, vide folhas 136/138) e em locais distintos, conforme se depreende da geolocalização neles existentes, mesmo as fotos (selfies) de evidentes diferenças umas das outras.*
>
> *Os contratos também contêm, além da biometria facial e dos dados de geolocalização, os dados pessoais da autora, data e hora da contratação, fotos do documento pessoal da autora, o sistema operacional do dispositivo utilizado na contratação (folhas 118/123, 124/129/ 130/135, 136, 137, 138, e 145/150), dados esses que não foram impugnados especificamente pela parte demandante.*

Diante disso, a apelada não logrou êxito em sugerir vícios ou irregularidades que pudessem macular a verossimilhança trazida pela prova produzida, que, na ausência de sólida impugnação, deve prevalecer.

Nesse sentido, precedentes dessa C. Câmara em casos similares:

CONTRATOS BANCÁRIOS - Empréstimo consignado - Alegação

Acesso ao Sumário

de inexistência de contratação - Documentação apresentada pelo mutuante que, em conjunto com outros fatos e provas da causa, demonstra o contrário - Crédito em conta corrente da mutuária, sem impugnação nem restituição, associada a documentação assinada digitalmente com envio de autorretrato ("selfie") - Sentença de improcedência da ação declaratória e indenizatória mantida - Apelação improvida. (TJSP; Apelação Cível 1007658-11.2021.8.26.0297; Relator (a): José Tarciso Beraldo; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jales - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/03/2023; Data de Registro: 27/03/2023).

Apelação. Ação de devolução de valor depositado c.c. pedido de danos morais. Violação do princípio da dialeticidade não caracterizada. Preliminar rejeitada. Alegação da autora de que não firmou contratos de empréstimos com o réu. Contratação eletrônica comprovada, com indicação de localização de geolocalização e selfie da autora. Higidez das contratações não afastada. Inexigibilidade das dívidas não reconhecida. Dano moral não caracterizado. Pedido de devolução de valores não acolhido. Sentença de improcedência mantida. Majoração dos honorários sucumbenciais, nos termos do art. 85, § 11, do CPC. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1012730-70.2022.8.26.0223; Relator (a): Pedro Kodama; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarujá - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/03/2023; Data de Registro: 08/03/2023).

BANCÁRIOS - Ação de indenização por danos materiais e morais - Sentença de parcial procedência - Negativa de contratação de empréstimo consignado - Hipótese em que o banco apresentou documentos relativos à contratação - Autora que alega ter recebido mensagem via WhatsApp no dia 20/01/2022 que originou a contratação fraudulenta - Cédula de Crédito Bancário indicando que a contratação ocorreu em 19/01/2022 - Confirmação da contratação por captura de selfie e envio de documento pessoal - Contratação comprovada - Inexigibilidade e indenização, indevidas - Ação improcedente - Decaimento da parte ativa - Sentença substituída - Recurso do réu provido e recurso da autora não conhecido, por prejudicado. (TJSP; Apelação Cível 1006457-52.2022.8.26.0554; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/02/2023; Data de Registro: 06/02/2023).

Outrossim, a autora, após o depósito do valor em sua conta, voluntariamente realizou transferências para a conta pessoal de terceiro, totalmente estranho a lide e sem qualquer mínima ligação com o réu.

Portanto, no caso em comento, o que se verifica é que, em que pese a apelante tenha sido vítima de um aparente golpe, o conjunto probatório colhido

Acesso ao Sumário

não evidencia qualquer falha da instituição financeira na prestação de serviços ou a ocorrência de fortuito interno a incidir a Súmula n° 479 do STJ; ocorreu, em verdade, fortuito externo caracterizado pelo golpe noticiado, configurando culpa exclusiva da vítima, nos termos do art. 14, § 3º, inciso II, do CDC.

Destaca-se que a operação foi realizada exclusivamente pela autora, de forma espontânea, sem a participação do apelante, inexistindo vícios em seu sistema de segurança, tampouco de falha na prestação do serviço, valendo salientar que a pessoa a quem os valores foram endereçados sequer foi incluída no polo passivo da ação.

Em casos semelhantes, assim vem decidindo esta C. Câmara:

BANCÁRIO - Ação declaratória de inexistência de débito c/c restituição de valores e indenização por danos morais - Sentença de procedência parcial - Empréstimo, na modalidade cartão de crédito consignado e pagamento de boleto de quitação falso - Pretensão da autora de declaração de inexigibilidade do empréstimo por negativa de contratação de saque complementar, devolução dos valores descontados do benefício, indenização por dano moral e cancelamento do cartão consignado - Matéria discutida pelas partes - Sentença que não se pronunciou a respeito - Julgamento "infra petita" configurado - Vício corrigido, de ofício, nesta sede - Valor do empréstimo recebido e utilizado - Contratação comprovada - Inexigibilidade incabível - Cancelamento do cartão de crédito consignado é direito do consumidor, conforme previsto no art. 17-A da Instrução Normativa INSS/PRES nº 28/2008 - O cancelamento do cartão não suspende nem quita ou extingue dívidas a ele relativas, e nem a margem consignável até liquidação total - ***Boleto falso - Obtenção de boleto bancário por meio de WhatsApp e posterior devolução de valor a terceiro estranho à relação jurídica - Conjunto probatório demonstra que não houve falhas na prestação de serviços por parte do réu, e nem fortuito interno, e sim desídia da autora no acesso e recepção do boleto - Culpa exclusiva da vítima configurada - Excludente do CDC, art. 14, § 3º, II - Precedentes desta Corte*** *- Dano moral não configurado - Indenização indevida - Sentença modificada, seguindo a ação julgada parcialmente procedente, em menor extensão, para determinar apenas o cancelamento do cartão de crédito consignado - Decaimento da autora - Inversão da sucumbência, observada gratuidade de justiça e a condição suspensiva do CPC, art. 98, §3º. Recurso do réu provido, e provido em parte o recurso da autora.* (TJSP; Apelação Cível 1045554-27.2021.8.26.0576; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/08/2022; Data de Registro: 31/08/2022).

Acesso ao Sumário

APELAÇÃO - "AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS MORAIS" - Quitação de empréstimo consignado - Boleto falso, recebido aplicativo de mensagens - Falta de cautela do consumidor - Ausência de responsabilidade do réu - Culpa exclusiva do consumidor - Art. 14, §3º, II, do CDC - Sentença de improcedência mantida - RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1022296-85.2020.8.26.0361; Relator (a): Ana Catarina Strauch; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mogi das Cruzes - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/08/2021; Data de Registro: 09/08/2021).

Assim, a r. sentença não comporta reforma.

A autora arcará com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, ora majorados para 17% do valor atualizado da causa, observada a justiça gratuita deferida em primeiro grau.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000269-61.2021.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é apelante MUNICÍPIO DE TATUÍ, são apelados MÁRCIO JOSÉ PAULINO BAZZO, MAURI PAULINO BAZZO, MILTON LEVI PAULINO BAZZO e TEREZINHA PAULINO BAZZO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.103)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES (Presidente sem voto), JAIR DE SOUZA e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 18 de janeiro de 2024.

JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Ação de Usucapião Ordinária - Alegação de posse mansa, pacífica e ininterrupta sobre imóvel rural por mais de trinta anos - Sentença de procedência - Inconformismo da Municipalidade - Não acolhimento - Manifestação extemporânea - Comprovação dos requisitos do artigo 1.242 do Código Civil - Sentença mantida - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta contra sentença proferida pela MM. Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Tatuí em Ação de Usucapião Ordinária proposta por TEREZINHA PAULINO BAZZO, MAURO PAULINO BAZZO, MILTON LEVI PAULINO BAZZO e MÁRCIO JOSÉ PAULINO BAZZO, que julgou procedente o pedido para declarar a aquisição, pelos autores, do direito de propriedade sobre o bem descrito na inicial, melhor descrito na planta e memorial de fls. 95/97, qual seja, o imóvel rural, com área total de 6.4342 ha, localizado no Bairro dos Palanques ou Queimador, município e comarca de Tatuí/SP, por meio da usucapião, com fulcro no artigo 1.242 do Código Civil. Sem condenação nas verbas de sucumbência, dada a ausência de fundada resistência ao pedido inicial.

Apela a Municipalidade de Tatuí, suscitando preliminar de nulidade da sentença em razão do julgamento antecipado da lide. Prossegue sustentado que houve prolação da sentença antes que fosse dada oportunidade ao Município de se manifestar sobre eventual interesse na causa.

Recurso tempestivo, isento de preparo e contrarrazoado.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o breve relatório do necessário.

Primeiramente, há que se rejeitar a preliminar de nulidade da sentença em razão do julgamento antecipado da lide, uma vez que o magistrado não é obrigado a deferir todas as provas postuladas pelos litigantes, quando entender que os elementos existentes nos autos são suficientes para o julgamento da demanda, como ocorre no caso *sub judice*.

Com efeito, "**Sendo o juiz o destinatário da prova, cabe a ele, com base em seu livre convencimento, avaliar a necessidade desta, podendo determinar a sua produção até mesmo de ofício, conforme prevê o art. 130 do Código de Processo Civil**" (STJ, AgRg no Ag 1114441/SP, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, 4ª TURMA, j. 16.12.2010, DJe 4.2.2011).

Isso não bastasse, é importante enfatizar que a Municipalidade foi regulamente intimada a se manifestar sobre eventual interesse na causa, deixando transcorrer "in albis" o prazo assinalado, conforme se infere da certidão de fls. 185, não lhe sendo lícito, portanto, arguir nulidade sob a alegação de não ter havido oportunidade para manifestação.

Superada a matéria prejudicial, passo à análise do mérito do apelo.

Com efeito, merece ser mantida, por seus próprios fundamentos, a r. sentença apelada da lavra da MM. Juíza LIGIA CRISTINA BERARDI MACHADO que, de forma objetiva, bem analisou a questão submetida à sua apreciação, permanecendo consistente ante o cotejo das razões ofertadas pelos apelantes em seu recurso, no qual apenas reitera questões já resolvidas na decisão monocrá-

Acesso ao Sumário

tica.

Portanto, considerando que o artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, nos recursos faculta ao relator "*limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*", norma que tem sido prestigiada não só por julgados deste Tribunal (Apelação Cível nº 0102667.26-2007.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Relator VIVIANI NICOLAU, j. 07.06.2011; Agravo de Instrumento nº 0003886.27.2011.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator CAETANO LAGRASTA, J. 23.03.2011), como também do Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 662.272-RS, 2ª Turma, Relator JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 04.09.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, Relator CASTRO MEIRA, j. 21.11.2005), assim passo a proceder, ratificando os seguintes fundamentos da decisão monocrática:

"*Os autores deduzem pedido para reconhecimento da usucapião ordinária, alegando exercer posse mansa, pacífica e ininterrupta, embasada em título, e com exteriorização da boa-fé, sobre o imóvel descrito na inicial.*

E a ação procede, nos termos do artigo 1.242 do Código Civil, que assim dispõe: "Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos".

A modalidade ordinária de usucapião, segundo o próprio Código Civil, possui elementos necessários para que se configure.

Trata-se, portanto, da coisa hábil a ser adquirida, o tempo de posse, justo título e boa-fé, e a vontade de ser dono da coisa.

Primeiramente, a res habilis é factível quando o imóvel é apto a ser usucapido, ou seja, não está fora do comércio e nem se constitui em bem público (art. 102, CC). Aqui, trata-se de lote particular, que jamais foi objeto de controvérsia com o poder público, sendo tranquila sua possibilidade de aquisição pela usucapião.

A posse, que deverá ser juridicamente qualificada, ou seja, ter característica de ad usucapionem, deve revelar o chamado animus domini, isto é, a vontade manifestamente demonstrada de ter a coisa para si, vez que o possuidor, conforme lecionam CRISTIANO CHAVES DE FARIAS E NELSON ROSENVALD, "sabe que a coisa não lhe pertence, porém atua com o desejo de se converter em proprietário, pois quer excluir o antigo titular" (in Curso de Direito Civil, Direitos Reais, vol. 5. 2012, Juspodivm, p. 414).

Por segundo, tem-se que a mesma posse deverá ser mansa e pacífica, sem qualquer oposição, que se materializa na ausência de incômodo, moléstia, por parte dos legítimos proprietários, pelo tempo necessário. Enfim, a continuidade traveste-se na posse do bem de modo perene, sem intervalos, durante lapso imprescindível.

A cadeia de título que instrui o feito, cópias das matrículas, demonstram

Acesso ao Sumário

a aquisição por escritura de compra e venda, feita junto ao Sr. Avelino Américo Paulino e por sucessão, através dos autos de arrolamento do Sr. José Américo Paulino, genitor da requerente Sra. Terezinha Paulino Bazzo e dos autos do arrolamento do Sr. do Sr. Avelino Américo Paulino, avô da requerente Sra. Terezinha, denotam a continuidade e mansidão da posse, o que, de resto, não foi objeto de contestação.

Ficou caracterizada, assim, a chamada acessio possessionis, sucessão a título singular, possibilitando a soma dos períodos para a aquisição pela usucapião, nos termos dos artigos 1207, parte final, e 1243, ambos do Código Civil.

A esse respeito, eis o escólio de FRANCISCO EDUARDOLOUREIRO:

"Na acessio possessionis o adquirente recebe nova posse, podendo juntá-la ou não à posse anterior. Cuida-se de mera faculdade do possuidor, que pode ou não acrescer o tempo do antecessor, levando em conta suas qualidades e vícios (...) As posses a serem somadas devem ser contínuas, sem interrupção ou solução; devem ser homogêneas, terem as mesmas qualidades, para gerar os efeitos positivos almejados. Deve haver, finalmente, um vínculo jurídico entre o possuidor atual e o anterior. Esse vínculo pode revestir-se de várias modalidades, como, por exemplo, um negócio jurídico ou uma arrematação em hasta pública" (in Código Civil Comentado, coord. Min. Cezar Peluso, 5ª ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2011 p. 1250)

Deste modo, reputo suficientemente preenchidos os outros requisitos necessários para o acolhimento do pedido, estando esclarecida a data de início da posse, de maneira objetiva, somada aos atos que a corroboram, o denominado ''animus rem sibi habendi".

O animus domini, como sabido, deriva de ter o possuidor a coisa como sua. No caso em análise, equivale a dizer que os autores não reconhecem direito alheio sobre o imóvel, nem estavam obrigados a restituí-lo a outrem por força de contrato" (verbis, cfr. fls. 207/209).

Em suma, considerando que os autores lograram êxito em comprovar a existência dos elementos indispensáveis para aquisição da propriedade pela usucapião ordinária, a outra decisão não se pode chegar senão aquela ofertada pela MM. Juíza "a quo" em sua irreprochável sentença, que bem analisou a questão sob as luzes do artigo 1.242 do Código Civil.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1054435-34.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MAURO ANTONIO SALERNO, MBS PARTICIPAÇÕES LTDA., NOVA DISTRIBUI-

DORA DE VEÍCULOS LTDA., BRIO LOCADORA DE VEÍCULOS LTDA. e TEMEX PARTICIPAÇÕES LTDA., são apelados ROBERTO DE ANDRADE SOUZA e CURVEX PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U. Indicado para Jurisprudência.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.382)**

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

São Paulo, 13 de dezembro de 2023.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Produção antecipada de provas - Exibição de documentos atinentes ao exercício da administração de sociedade - Sentença de procedência - Apreciação do recurso por acórdão anterior - Retorno a esta Corte, dada determinação exarada em decisão monocrática proferida no STJ, ao ser apreciado recurso especial - Interesse de agir - Adequação reconhecida pelo STJ - Necessidade presente - Preliminar rejeitada - Apelada que é sócia não administradora e tem direito à pretendida exibição Aplicação dos arts. 1.020 e 1.021 do CC/2002 - Ausência de Conselho Fiscal e de restrição, nos contratos sociais, ao direito individual de fiscalização - Ressalva quanto ao fato de prevalecerem os efeitos da exclusão, em junho de 2019, da apelada de uma das sociedades - Sentença confirmada - Honorários recursais - Recurso desprovido, com observação.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença emitida pelo r. Juízo de Direito da 1ª Vara Empresarial e de Conflitos de Arbitragem da Comarca da Capital, que julgou extinta, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI do CPC de 2015, produção antecipada de provas, em relação ao coautor Roberto de Andrade Souza e à corré MBS Participações Ltda, julgando-a procedente em face dos corréus Mauro Antonio Salerno, MBS Participações Ltda (sic), Nova Distribuidora de Veículos Ltda, Brio Locadora de Veículos Ltda e Temex Participações Ltda, determinando a exibição de todos os documentos arrolados na petição inicial, no prazo de 15 (quinze) dias, ainda que em versão digital (em duas vias, uma para o autor e outra para o Juízo). A

Acesso ao Sumário

autora Curvex Participações Ltda foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de R$ 2.000,00 (dois mil reais) e em favor dos patronos da corré MBS Participações Ltda, e a parte ré foi condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios de R$ 6.000,00 (seis mil reais) (fls. 1.923/1.929). Foram, também, acolhidos embargos de declaração, para o fim de declarar que a ação foi julgada procedente tão somente em face dos corréus Mauro Antonio Salerno, Nova Distribuidora de Veículos Ltda, Brio Locadora de Veículos Ltda e Temex Participações Ltda e para condenar o autor excluído da lide (Roberto de Andrade Souza) ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos dos réus, no importe de R$ 2.000,00 (dois mil reais) (fls. 1.953/1.954).

Os apelantes insistem, de início, no acolhimento da questão preliminar de falta de interesse de agir. Frisam que não se recusaram a fornecer os pretendidos documentos. Esclarecem que o sócio majoritário da apelada Curvex Participações Ltda (Roberto de Andrade Souza) encaminhou mensagem eletrônica à contadora dos próprios apelantes, recebeu resposta imediata, sendo-lhe informado que toda a documentação estava disponível para consulta, análise e questionamentos no escritório contábil. Esclarecem, a seguir, que não foram solicitados outros documentos, além dos contábeis. Noticiam, ainda, que o referido sócio não se quis consultar os documentos, sequer agendou data e horário para tal consulta ou outorgou procuração para que algum mandatário pudesse ter vista dos documentos. Argumentam que, sendo extensa a relação de documentos exigidos, não se mostra viável encaminhá-los via mensagem eletrônica. Destacam, outrossim, que tais documentos ostentam conteúdo de "*extrema sensibilidade concorrencial* " e são sigilosos, "*daí porque não se mostrava possível, tampouco recomendável, que tais arquivos circulassem eletronicamente de forma simplista como desejavam os APELADOS* ". Aduzem, ademais, que a documentação solicitada pelos apelados, "*ante sua extensão e particularidades, não são documentos cuja informações estejam consolidadas diuturnamente, inclusive alguns são impertinentes para qualquer aprovação de contas ou aferição da regularidade* ". Argumentam, nesse ponto, que a intenção dos apelados, consiste na criação de um "*fato de disputa judicial* ". Alegam, por outro lado, com fundamento no artigo 605, inciso V do CPC de 2015, que, independentemente da discussão administrativa travada no âmbito da Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP), o fato da apelada Curvex Participações Ltda, desde 19 de junho de 2019, não ser mais sócia da apelante Nova Distribuidora de Veículos Ltda, torna impossível "*que venha acessar os documentos referente* (sic) *aos períodos posteriores* " (fls. 1.981). Finalizam, insistindo na extinção sem resolução do mérito da presente demanda (fls. 1.975/1.982).

Acesso ao Sumário

Em contrarrazões, os apelados, noticiando que os apelantes, depois de ser proferida a sentença, apresentaram documentação insuficiente (fls. 1.950),

requerem o desprovimento do recurso. Insistem, por fim, na apresentação de todos os documentos arrolados (fls. 2.013/2.023).

As partes tiveram oportunidade de se manifestar acerca da adequação do rito adotado na presente demanda. Os apelantes insistem na extinção da ação com fundamento no artigo 485, incisos I e VI do CPC de 2015. Os apelados, por sua vez, sustentam haver, na espécie, pretensão resistida, consistente na negativa de entrega de documentos (fls. 2.040/2.043 e 2.066/2.071).

Esta Câmara Reservada, em julgamento realizado em 10 de fevereiro de 2021, ao dar provimento ao apelo, reconhecendo a carência, por falta de interesse na modalidade adequação, decretou a extinção da ação sem resolução do mérito por aplicação do artigo 485, inciso VI do CPC de 2015, suportando a parte recorrida, com exclusividade, os ônus sucumbenciais (fls. 2.085/2.099), rejeitados posteriores embargos de declaração (fls. 2.166/2.173).

Irresignada, a autora da ação ajuizou recurso especial requerendo "*a reforma do acórdão recorrido, mediante o reconhecimento de que é plenamente possível, em paralelo com as demais vias processuais estabelecidas no Código de Processo Civil, que se formule pedido de exibição de documentos, mediante o procedimento de produção antecipada de provas do artigo 381 deste Diploma, tal qual garantem, em casos análogos, os precedentes paradigmáticos acima elencados, e tal qual estabelece, expressamente, tal regra processual, uma vez observados os requisitos lá elencados, em sintonia, outrossim, com os termos da sentença de Primeiro Grau, invertendo-se, também, por via de consequência, a condenação sucumbencial estabelecida no acórdão recorrido* " (fls. 2.102/2.113).

Por decisão monocrática proferida em 06 de junho de 2022, o Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Buzzi, assinalando que "*não há falar em via inadequada da ação de produção antecipada de provas para veicular pedido de exibição de documentos* ", dando provimento ao recurso especial, "*a fim de reconhecer a adequação da via eleita* ", determinou "*o retorno dos autos ao Tribunal de origem para prosseguir no julgamento da controvérsia* " (AREsp 2.089.609-SP - fls. 2.220/2.232).

Os autos, então, tornaram para novo julgamento (fls. 2.254).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 2.033).

É o relatório.

Na presente produção antecipada de provas, é postulado, com fundamento no artigo 381, inciso III do CPC de 2025, a apresentação de documentos para eventual ajuizamento de demanda futura.

Os autores frisam que a sociedade autora Curvex Participações Ltda, controlada pelo coautor Roberto de Andrade Souza, é titular de 10% (dez por cento) das quotas das sociedades rés Nova Distribuidora de Veículos Ltda, Brio Locadora de Veículos Ltda e Temex Participações Ltda, sendo os outros 90%

Acesso ao Sumário

(noventa por cento) das quotas sociais de titularidade da corré MBS Participações Ltda, que é controlada pelo corréu Mauro Salerno. Noticiam, a seguir, que o corréu Mauro Salerno, em razão de desavenças, deixou de efetuar pagamentos de valores devidos ao coautor Roberto de Andrade Souza, que, então, administrativamente, requereu, em vão, por diversas vezes, a exibição de documentos. Finalizam, requerendo a exibição dos documentos arrolados na petição inicial, tidos por necessários para tomar ciência da administração de referido corréu sobre as três sociedades em apreço (fls. 01/11).

Na contestação, os réus, de início, levantam questão preliminar de conexão com ação em trâmite perante o mesmo r. Juízo apelado, em que se discute a cessação da remuneração do coautor Roberto de Andrade Souza (Processo 1049223-32.2019.8.26.0100). Propõem, a seguir, a falta de interesse de agir na modalidade necessidade, pois os documentos contábeis sempre estiveram à disposição dos autores e alegam que o coautor Roberto de Andrade Souza é parte ilegítima, pois somente a coautora Curvex Participações Ltda é titular das enfocadas quotas sociais. Levantam, ainda, preliminar de ilegitimidade passiva da corré MBS Participações Ltda, porquanto não é administradora das outras sociedades demandadas, mas, tão somente, sócia majoritária (fls. 170/175).

A sentença apelada, depois de rejeitar a preliminar de conexão e de falta de interesse de agir, acolheu as questões preliminares de ilegitimidade ativa e passiva, excluindo da lide o coautor Roberto de Andrade Souza e a corré MBS Participações Ltda. Quanto ao mérito, a ação foi julgada procedente, determinada a apresentação dos documentos arrolados na petição inicial.

Irresignados, os apelantes, insistindo no acolhimento da questão preliminar de falta de interesse de agir, pretendem reforma.

Em obediência ao julgado proferido em instância superior (AREsp 2.089.609-SP), superado o entendimento adotado no acórdão anteriormente proferido neste apelo, impõe-se a apreciação do restante do pleito recursal.

Num primeiro plano, cabe, então, rejeitar a questão preliminar de falta de interesse de agir na modalidade necessidade, pois, conforme foi realçado na sentença apelada, os documentos juntados denotam haver dúvidas acerca da disponibilização efetiva da extensa relação de documentos pela administração das três sociedades enfocadas no pleito formulado.

De acordo com as mensagens eletrônicas trocadas pelas partes e reproduzidas nos autos (cuja autenticidade não foi impugnada), foi apresentada, apenas e tão somente, uma declaração da representante da prestadora de serviços de contabilidade, explicando que os documentos contábeis estariam à disposição; no entanto, o sócio pleiteou a apresentação de outros documentos além dos contábeis, inviabilizada, ademais, uma conferência pormenorizada de todos os documentos na sala especificada (fls. 1.920/1.921).

O interesse de agir constitui uma das condições da ação, envolvendo

Acesso ao Sumário

questão de ordem pública, que pode ser examinada de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, por força dos artigos 485, § 3º e 337, § 5º do CPC de 2015 (correspondentes aos artigos 267, §3º e 301, § 4º do CPC de 1973, respectivamente).

Para exercer seu direito de ação, deve a parte possuir, dentre outras condições, a necessidade de ir a Juízo, conjuntamente com a adequação e utilidade do procedimento escolhido, consubstanciando-se, assim, o interesse processual, como condição imprescindível para estar em Juízo.

Para buscar defender seu alegado direito subjetivo, diante da resistência manifestada pela parte ré e da adequação reconhecida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, havia, para a parte autora, a necessidade de se utilizar desta via judicial.

Rejeita-se, assim, a questão preliminar de falta de interesse reiterada no apelo.

Além disso, cabe assinalar que a sentença, nas parcelas em que acolheu as questões preliminares de ilegitimidade ativa de Roberto de Andrade Souza e ilegitimidade passiva de MBS Participações Ltda, transitou em julgado, não tendo o recurso da parte autora se voltado contra estes seus capítulos, conjugado o artigo 1.013, "caput" do CPC de 2015.

No mérito, considerado o objeto do apelo, a sentença não comporta reparo.

O exercício do poder de fiscalização dos sócios não administradores decorre, nas sociedades limitadas, do disposto nos artigos 1.020 e 1.021 do Código Civil de 2002 e, portanto, a apelada, por não ser a administradora das sociedades enfocadas (Nova Distribuidora de Veículos Ltda, Brio Locadora de Veículos Ltda e Temex Participações Ltda) (fls. 33, 77 e 112), tem o direto de consultar, a qualquer tempo, os livros e documentos atinentes à gestão destas pessoas jurídicas, posto que ausente disposição em contrário em quaisquer dos respectivos contratos sociais.

E, esposando o mesmo entendimento da sentença apelada, o E. Superior Tribunal de Justiça já autorizou o acesso, até mesmo, a documentos contábeis referentes a sociedade controlada, a partir de uma "participação indireta", enfatizada a total amplitude do direito de fiscalizar e a necessidade de transparência voltada para a manutenção da confiança interna ao quadro social, cabendo, também, ser reproduzida, aqui, a respectiva ementa:

> RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS SOCIETÁRIOS. SÓCIA COTISTA. SOCIEDADE LIMITADA. PARTICIPAÇÃO EM SOCIEDADES AS QUAIS INTEGRAM COMO SÓCIAS MAJORITÁRIAS O QUADRO SOCIAL DE OUTRAS. HOLDING FAMILIAR. DOCUMENTOS COMUNS EM VIRTUDE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS COLIGADAS. PRIN-

Acesso ao Sumário

CÍPIO DA CONFIANÇA. MANUTENÇÃO DA AFFECTIO SOCIETATIS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. MULTA COMINATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM SEDE DE AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. SÚMULA 372/STJ. 1. Não há falar em violação ao art. 535 do CPC se o acórdão recorrido, julgando integralmente a causa, deu aos dispositivos de regência a interpretação que, sob sua ótica, se coaduna com a espécie, não caracterizando omissão ou ofensa à legislação infraconstitucional o resultado diferente do pretendido pela parte. 2. No presente caso, cinge-se a controvérsia em saber se a participação indireta tem o condão de conferir à sócia cotista da holding familiar - que participa como sócia majoritária do quadro social de outras empresas -, o direito de pedir a exibição de documentos que a lei confere aos sócios destas últimas. 3. No grupo de empresas de que cuidam os presentes autos, a primeira recorrente é sócia de quatro holdings familiares que - possuindo quase a totalidade das quotas das demais empresas do grupo-, deixam de ser apenas depositárias de participações societárias, assumindo papel primordial de governo de toda a organização. 4. Sobreleva, aqui, para além da questão do "sócio direto", o interesse em se verem exibidos documentos que, em virtude de relações jurídicas coligadas, são comuns às partes. 5. A existência da relação jurídica entre as empresas controladas e as holdings familiares está intimamente relacionada com o liame jurídico entre estas e a recorrente, defluindo-se daí interesses diretos e indiretos sobre todas as sociedades empresariais do grupo, uma vez que o aviltamento do patrimônio das sociedades controladas acarretará, consequentemente, o esvaziamento do patrimônio das sociedades controladoras, da qual a recorrente integra diretamente o quadro social. 6. Sob a ótica de que, in casu, a personalidade jurídica no grupo de empresas deve ser tomada dentro da realidade maior da junção das empresas componentes, e não no seu aspecto meramente formal, a confiança que deve reinar entre os sócios da empresa também deve imperar no relacionamento entre os sócios da holding e as empresas coligadas, constituindo-se em um dos pilares da affectio societatis. 7. Ao impedir-se o acesso da recorrente aos documentos das empresas coligadas apenas com fundamento em uma interpretação restritiva dos arts. 1.020 e 1.021 do Código Civil e do art. 844, II, do CPC corre-se o risco de instaurar-se, ou arrefecer-se, um clima de beligerância entre os sócios da holding, comprometendo a existência da affectio societatis e, em última análise, atuando contra os princípios da confiança e da preservação da empresa. 8. "Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória." Súmula 372/STJ. 9. Recurso especial de Regina Maria Souza de Oliveira e outro PARCIAL-

Acesso ao Sumário

MENTE PROVIDO e recursos especiais de Única Participações Ltda e outras e José Fonseca de Oliveira e outros PROVIDOS para afastar a incidência da multa cominatória imposta. (REsp n. 1.223.733/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 7/4/2011, DJe de 4/5/2011.)

Não há restrição, concretamente, nos contratos sociais das três sociedades (Nova Distribuidora de Veículos Ltda, Brio Locadora de Veículos Ltda e Temex Participações Ltda) ao exercício do direito individual de fiscalização, tampouco qualquer delas possui Conselho Fiscal (fls. 27/46, 71/94 e 108/123), de modo que pode o sócio não administrador, sem limitação temporal, ter acesso aos documentos pretendidos.

Assinala-se, outrossim, que o rol apresentado pela parte autora (fls. 09) diz respeito exclusivamente a documentos de interesse dos sócios, de modo que resta configurado o direito de acesso pleiteado.

Assinala-se, porém, que o fato da sócia apelada Curvex Participações Ltda ter sido excluída, em junho de 2019, do quadro da Nova Distribuidora de Veículos Ltda, impede seu acesso aos documentos sociais referentes à enfocada sociedade, mas, tão somente, os relativos a períodos posteriores ao rompimento do vínculo societário.

Cabe acrescentar, nesse ponto, em atenção ao deduzido pelos apelados em contrarrazões (fls. 2.019/2.022), que esta Câmara Reservada, em julgamento realizado em 5 de julho de 2023, confirmou sentença de improcedência da ação anulatória ajuizada pelos ora autores, pendendo de julgamento embargos de declaração (fls. 1.548 e 1.670/1.682 - Ap. 117436-90.2019.8.26.0100, Relator Desembargado Cesar Ciampolini), de modo que a exclusão continua a produzir efeitos "inter pars", ainda que a Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) tenha determinado a suspensão dos efeitos do arquivamento dessa exclusão.

Por outro lado, ainda que seja "*extensa a relação de documentos exigidos*", diante da tecnologia atualmente disponível relativa à digitalização de documentos, não se configura a inviabilidade técnica anunciada no apelo (fls. 1.980).

Destaca-se, por oportuno, que a suficiência dos documentos apresentados e a serem apresentados será averiguada na fase de cumprimento da sentença, assinalado o fato de ter sido admitida em instância superior a conferência de uma roupagem de jurisdição contenciosa ao feito, extraído um conteúdo cominatório da pretensão.

Tudo somado, feita ressalva quanto ao fato de prevalecerem os efeitos da exclusão, em junho de 2019, da apelada de uma das sociedades, nenhum reparo merece a sentença apelada.

Por outro lado, tendo sido mantida a sentença, tem aplicação o comando

Acesso ao Sumário

constante do disposto no § 11 do artigo 85 do CPC de 2015, sendo desnecessário o ajuizamento de recurso próprio.

Na sistemática nova estabelecida para a verba honorária advocatícia, foi introduzida a figura dos honorários recursais, como acréscimo àqueles já anteriormente arbitrados. Este acréscimo, efetuada uma leitura atenta do § 11 do artigo 85 do CPC de 2015, não é meramente facultativo, ele é obrigatório e decorre da atuação concreta do advogado em segunda instância, efetivado novo trabalho profissional, este consistente, na espécie, na apresentação de contrarrazões a um recurso de apelação.

Considerado o pequeno valor atribuído à causa e aplicado o disposto no §8º do enfocado artigo 85 do CPC de 2015, a verba honorária devida pelos apelantes em favor dos patronos dos apelados é, enfim, majorada para R$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Nega-se, por isso, nos termos acima, provimento ao apelo, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010681-27.2022.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante TELEFÔNICA BRASIL S.A., é apelado N & A CONDOMÍNIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 32619)**

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

São Paulo, 18 de dezembro de 2023.

LIDIA CONCEIÇÃO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. Telefonia. Ação de obrigação de fazer. Renovação da cláusula de fidelização a cada prorrogação contratual. Abusividade. Autora cancela contrato após o decurso do prazo contratual inicialmente pactuado. Cláusula penal inaplicável. Sentença mantida. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de

fls.150/159, que, em ação de obrigação de fazer, ajuizada por N & A Condomínios Ltda. em face de Telefônica Brasil S/A, julgou parcialmente procedente a demanda, "*para, inclusive à guisa de tutela de urgência de natureza antecipada, impor à requerida obrigação de fazer consubstanciada em providenciar o cancelamento das linhas telefônicas móveis de n° 14-99105-8829, 14-99135-8196, 14-99143-4558, 14-99142-7095 e 14-99147-2248 sem a exigência da chamada "multa por fidelidade", que aqui fica declarada abusiva, condenando-a também a proceder a devolução simples dos respectivos valores pagos pela autora após o ajuizamento, com atualização monetária a partir dos efetivos desembolsos e juros de mora à taxa legal de 1% (um por cento) ao mês, estes a contar da citação*."

Diante da sucumbência recíproca, as custas judiciais e despesas processuais deverão ser divididas igualmente entre as partes, nos termos do artigo 86, "caput", do Código de Processo Civil, arcando cada uma delas com os honorários advocatícios do patrono "ex adverso", ora fixados, de conformidade com os critérios estabelecidos no artigo 85, § 2º, do mesmo Estatuto, em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, vedada a compensação (Código citado, artigo 85, § 14)." (idem).

Inconformada, a ré apela (fls.162/175). Argui, em preliminar, a nulidade da r. sentença, pois a ausência de despacho saneador implica em cerceamento de defesa.

No mérito, afirma, em síntese, a higidez do pacto ajustado com a autora que estabelece a possibilidade (i) da fidelização sucessiva dos serviços de telefonia, cuja validade é reconhecida pela ANATEL (Resolução nº 632/2014), bem como (ii) da cobrança de multa rescisória.

Recurso tempestivo (fl.161) e preparado (fls.176/177).

Contrarrazões às fls.224/231, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Preliminarmente, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Isto porque, dispõe o artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil, que: "*Art. 355. **O juiz julgará antecipadamente o pedido**, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - **não houver necessidade de produção de outras provas**;*" (grifos não originais).

In casu, o D. Magistrado de Primeiro grau expressamente determinou as partes que especificassem as provas a produzir (fl. 143). Em resposta, a ré peticionou e, embora tenha se manifestado no sentido da necessidade de ser proferido despacho saneador, insistiu na improcedência da demanda, entendendo que já havia produzido as provas necessárias em contestação (fl.146, terceiro parágrafo).

Dessarte, a ré não pode, agora, postular pela necessidade de ser proferido despacho saneador, visando a produção de prova que, claramente, descartou no

Acesso ao Sumário

tempo oportuno.

E, de qualquer forma, não há no Diploma Processual a obrigatoriedade de o Magistrado proferir despacho saneador, principalmente considerando que as partes já haviam produzido as provas necessárias para o julgamento da lide.

Ademais, conforme bem apontado pelo MM. Juízo *a quo* na r. sentença: "***Considero não haver necessidade de determinar a produção de outras provas, uma vez que as já constantes dos autos ministram elementos suficientes à adequada cognição da matéria de fato em torno da qual gravita a demanda***, *remanescendo questões unicamente de direito a serem deslindadas, razão pela qual passo a proferir julgamento antecipado da lide, nos moldes preconizados pelo artigo 355, I, do Código de Processo Civil. E assim o faço sobretudo porque,* ***instadas as partes a especificarem provas, apenas a requerida se manifestou, informando que já produziu todas aquelas necessárias (fls. 146/148)***, *tendo a autora se quedado silente (cf. certidão de fls. 149), numa demonstração ao menos tácita de que também não lhe interessa a abertura de eventual instrução probatória. (...)* ***Em suma, impõe-se realmente o julgamento antecipado da lide.***" (grifos não originais).

No mérito, a autora ajuizou a presente ação a fim de ver declarada inexigível a multa por rescisão antecipada cobrada pela ré, Telefônica Brasil S.A.

Aduz a autora que em 18 de janeiro de 2019 firmou contrato de prestação de serviço de telefonia móvel corporativa (dez linhas), com prazo de 24 meses (fls. 24/25), a um custo de R$67,24 por linha. Contudo, por motivos operacionais, percebeu que cinco das linhas contratadas não estavam sendo utilizadas. Então, em 23 de março de 2022, contatou a ré e pediu o cancelamento dessas linhas. Entretanto, para o respectivo cancelamento, a ré apontou que seria cobrado o valor de R$630,00, para cada linha (R$3.150,00, total), considerando a existência de fidelidade até 29 de janeiro de 2023.

Assim, embora tenha contatado a ré para afastar administrativamente a multa, obteve resposta no sentido de que a cobrança encontrava arrimo em cláusula contratual que estabelece a incidência da multa pela quebra de fidelização - renovada.

E a r. sentença não comporta reforma.

Efetivamente, a despeito da incidência ou não da legislação consumerista à espécie, no que toca à legalidade da chamada "refidelização", isto é, nova aplicação da cláusula de permanência quando da renovação automática do contrato, a livre estipulação do prazo para vigência do contrato (cláusula de permanência) para contratos firmados com pessoas jurídicas está autorizada pelo art. 59 da Resolução ANATEL nº 632/14[1].

Todavia, a renovação do prazo de fidelização realizada a cada prorrogação do contrato, de forma automática, configura patente abusividade, pois

1 Art. 59. O prazo de permanência para Consumidor corporativo é de livre negociação, devendo ser garantido a ele a possibilidade de contratar no prazo previsto no § 1º do art. 57.

Acesso ao Sumário

impõe ao tomador do serviço sujeição indefinida à cláusula penal.

Desta forma, decorrido o prazo de 24 meses inicialmente estipulados desde a contratação inicial, em janeiro de 2019, e sem que a contratante-autora expressasse textualmente sua anuência com o novo período de fidelização, não poderia a ré cobrar, em março de 2022, multa decorrente de violação do prazo de permanência, já superado.

Nestes termos, precedentes jurisprudenciais desta C. Câmara Julgadora:

"*AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM RESCISÃO E REVISÃO CONTRATUAL. Sentença de procedência. Contratação de serviços de telefonia pelo prazo de 24 meses.* ***Impossibilidade de cobrança de multa por fidelização após a vigência inicial. Descontos concedidos que consideraram a permanência com os serviços pelo período mínimo de 24 meses, o que inviabiliza a aplicação da multa em período posterior. Impossibilidade de prorrogação automática da fidelização. Precedentes****. Recurso desprovido". (TJSP; Apelação Cível 1062863-37.2021.8.26.0002; Relator (a): Milton Carvalho; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/11/2022; Data de Registro: 04/11/2022) (g.n.).*

"Apelação. Telefonia. Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais. ***Parte autora que se desincumbiu do ônus de provar a solicitação de cancelamento dos serviços dentro do prazo previsto contratualmente. Renovação automática da cláusula de fidelização que não se mostra possível, conforme entendimento da ANATEL. Precedentes desta Câmara.*** *Dívida registrada em cartório. Ofensa à imagem da pessoa jurídica. Danos morais configurados. Sentença mantida. Recurso improvido". (TJSP; Apelação Cível 1001893-37.2022.8.26.0002; Relator (a): Walter Exner; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/10/2022; Data de Registro: 18/10/2022) (g.n.).*

"Telefonia. Ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com repetição de indébito. ***Ré que não demonstra a anuência da Autora à renovação automática do contrato e à cobrança de multa por rescisão antecipada. Inexigibilidade da multa reconhecida.*** *Recurso provido". (TJSP; Apelação Cível 1002943-04.2021.8.26.0368; Relator (a): Pedro Baccarat; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Monte Alto - 1ª Vara; Data do Julgamento: 18/08/2022; Data de Registro: 22/08/2022) (g.n.).*

"Prestação de serviço de telefonia. ***Multa contratual por quebra de fidelidade. Inexigibilidade no caso concreto ante o fato de a ré ter prorrogado o contrato mediante novo período de fidelização sem a concordância expressa da promovente****. Negativação indevida. Dano moral configurado. Recurso não provido". (TJSP; Apelação Cível 1039295-23.2020.8.26.0100; Relator (a): Arantes Theodoro; Órgão*

Acesso ao Sumário

Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/07/2022; Data de Registro: 07/07/2022) (g.n.).

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. Celebração de contrato de prestação de serviços de telefonia móvel, em 31/07/2017, com vigência de 36 meses. Previsão de multa na hipótese de o negócio jurídico ser rescindido antes do prazo avençado. Rescisão ocorrida em 20/11/2020, ou seja, quando o prazo de vigência inicial já havia se esgotado. Impossibilidade de imposição da cláusula penal. ***Reconhecimento da inexigibilidade de débito de rigor. Pretensão da ré de impor a multa em todas as prorrogações que o contrato viesse a sofrer. Descabimento. Argumento que instituiria fidelização sem termo final, o que não se admite. Boletim Informativo da ANATEL que indica a impossibilidade de se prorrogar a fidelização automaticamente. Descontos concedidos que consideraram a permanência com os serviços por de 36 meses, o que inviabiliza sua restituição. Período mínimo observado. Benefício mantido****. Recurso desprovido". (TJSP; Apelação Cível 1009611-88.2021.8.26.0562; Relator (a): Milton Carvalho; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/05/2022; Data de Registro: 12/05/2022).*

Outrossim, acrescenta-se que o informativo nº 48 da edição "ANATEL Explica" referenda a impossibilidade de prorrogação automática da cláusula de fidelização, sendo indevida, portanto, a multa rescisória cobrada pela ré-apelante.

Por outro lado, conforme bem apontado pelo MM. Juízo: "***impõe-se determinar a devolução dos valores mensais alusivos às linhas telefônicas a serem canceladas, pagos pela autora durante o trâmite processual, conforme expressamente postulado por esta na petição inicial, no seu item "d.2" (fls. 15),*** *uma vez que, consoante tem proclamado a jurisprudência, eventual "pedido de rescisão contratual após o período inicial de fidelização... não enseja aplicação de multa contratual ou permite cobrança de valores após requerimento expresso de resilição negocial" (TJSP - Apelação Cível nº 1049404-02.2020.8.26.0002 - São Paulo - 28ª Câmara de Direito Privado - Relª Berenice Marcondes Cesar - J. 01.07/2021)*." (fl.157, grifos não originais).

Por essas razões, forçosa a manutenção da r. sentença de Primeiro Grau que julgou procedente o pedido inaugural, em sua inteireza, para declarar inexigível a multa objeto da demanda, e determinar a devolução dos valores cobrados desde a data do ajuizamento da ação.

Por fim, "*de acordo com a jurisprudência da Corte Especial do STJ, 'é devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou*

Acesso ao Sumário

em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. [...] (Agint no AREsp 1111767/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 28/08/2020)"[2].

Contudo, no caso dos autos, descabida a majoração da verba honorária sucumbencial, considerando que a r. sentença já arbitrou seu valor no máximo legal, nos termos do artigo 85, §§ 2° e 11, do Código de Processo Civil.

Finalmente, consideram-se prequestionadas e reputadas não violadas as matérias constitucionais e legais aqui discutidas e fundamentadamente decididas.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1023054-20.2020.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelado NELSON ALVARO ALVES SENNE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 32630)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente) e SÁ DUARTE.

São Paulo, 23 de janeiro de 2024.

ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI, Relatora

Ementa: Apelação. V. Acórdão que reconheceu a competência da Justiça do Trabalho. Decisão do Superior Tribunal de Justiça anulando o venerando Acórdão para reconhecer a competência da Justiça Comum. Retorno dos autos para análise das razões recursais. Previdência privada. Pedido inicial para inclusão, na complementação de aposentadoria, de PLR/Gratificação semestral referente às parcelas futuras e as atrasadas respeitando a prescrição quinquenal. Ausência de responsabilidade solidária do patrocinador

Acesso ao Sumário

2 STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1879557/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2021, DJe 04/03/2021.

e da entidade de previdência privada perante o autor. Vínculo empregatício entre o autor e o banco que já era extinto quando da interrupção do pagamento da verba pleiteada. Legitimidade passiva do patrocinador para responder somente pelo aporte financeiro das diferenças à instituição previdenciária a fim de garantir a reserva matemática. Entendimento firmado no julgamento do REsp 1.370.191/RJ. Sentença que reconheceu a ilegitimidade passiva da BANESPREV, sem recurso pelo autor, razão pela qual não há aporte a ser por complementado pelo patrocinador. Ilegitimidade passiva do apelante reconhecida. Extinção do processo sem resolução do mérito. Art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. Apelação provida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra respeitável sentença de fls. 865/871, que, nos autos da ação de cobrança, extinguiu o processo sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva quanto à ré Banesprev, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil. Em relação ao réu Banco Santander, julgou procedente a pretensão inicial para condená-lo a pagar ao autor as PLR/gratificações semestrais devidas a seus funcionários a partir de 09/07/2015, enquanto perdurar a aposentadoria do autor, sendo que os atrasados deverão ser corrigidos monetariamente desde a data em que deveriam ter ocorrido os pagamentos e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Em razão da sucumbência, o réu Banco Santander foi condenado ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Apela o réu Banco Santander, alegando, em síntese, que a pretensão inicial está prescrita, uma vez que, desde fevereiro de 2001, não houve mais pagamento de gratificação semestral para funcionários e aposentados, diante da alteração do estatuto, com exclusão do art. 44, diante da privatização do Banco Banespa, sucedida pelo Banco Santander, quando se iniciou a contagem do prazo prescricional. Aduz que, a prescrição atinge o fundo de direito e não está sujeita à prescrição de prestações periódicas e sucessivas, uma vez que a pretensão consiste no reconhecimento do direito ao recebimento dos aludidos valores. Alega ainda que o apelado migrou para o Plano V, abrindo mão das disposições anteriores. Acrescenta ainda ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, pois figura como mero patrocinador do plano e já houve rompimento do vínculo empregatício, tendo em vista a aposentadoria do apelado. No mérito, argumenta que não há de se falar em direito adquirido, uma vez que as verbas "gratificação semestral" e "participação nos lucros - PLR" não se

Acesso ao Sumário

confundem, sendo a primeira originada de normativo interno vigente até 2001 (Regulamento de Pessoal - art. 59 e Estatuto - art. 49) e eram pagos apenas se houvesse fixação pela Diretoria, havendo lucro pela instituição financeira. Já a segunda (PLR) teve origem em Convenção Coletiva de Trabalho, nunca tendo tido previsão de pagamento aos inativos. Aduz que o apelado optou pela migração do Regulamento de Pessoal para o Regulamento do Plano V, renunciando aos direitos anteriormente aplicáveis, devendo ser respeitado a fonte de custeio e manutenção do equilíbrio do plano previdenciário.

Não houve resposta (fl. 921).

Inicialmente, foi reconhecida a competência da Justiça do Trabalho, pelo que não houve julgamento do recurso (fls. 930/938).

O apelante interpôs Recurso Extraordinário e Recurso Especial (fls. 984/994 e 999/1.013), tendo os recursos sido inadmitidos por força de decisão da Douta Presidência da Seção de Direito Privado (fls. 1.029/1.031 e 1.032/1.033).

Foi, então, interpostos agravos contra as decisões denegatórias, tendo o Egrégio Superior Tribunal de Justiça conhecido do recurso para dar provimento ao Recurso Especial, a fim de anular o acórdão proferido e reconhecer a competência da Justiça Comum, determinado o retorno dos autos a esta Corte para julgamento da apelação e ficando prejudicado o Recurso Extraordinário (fls. 1.089/1.092).

É o relatório.

O recurso merece acolhimento.

O autor afirma na inicial que foi admitido como empregado do Banespa em 31/12/1973, na vigência do Regulamento de Pessoal de 1975 e Estatuto de 1991, vindo a se aposentar em 05/10/1997, sendo que o art. 56 do Regulamento de Pessoal e o art. 49 do Estatuto previam o pagamento de PLR/Gratificação semestral. Ocorre que, em 20/11/2000, o Banespa foi sucedido pelo Banco Santander, tendo sido cancelado o pagamento da PLR/Gratificação semestral aos aposentados. Diante disso, o autor ajuizou a presente ação de cobrança visando ao recebimento de PLR/Gratificação semestral referente às parcelas futuras e as atrasadas respeitando a prescrição quinquenal.

Em contestação, o réu Banco Banespa arguiu ilegitimidade passiva, ocorrência de prescrição e, no mérito, que, em fevereiro de 2001, após a privatização do Banco Banespa, a versão do Estatuto Social de 1998 foi alterada em assembleia de acionistas, com exclusão do art. 45 que disciplinava a concessão da gratificação semestral, pelo que, a partir de 2001, não houve mais pagamento aos funcionários ativos e aposentados.

A r. sentença recorrida reconheceu a ilegitimidade passiva apenas da Banesprev e a legitimidade do Banco Banespa, sob o seguinte fundamento:

Afasto a preliminar de ilegitimidade passiva do réu Banco Santander, considerando ter o autor alegado que a pretensão é de natureza contra-

Acesso ao Sumário

tual com o banco e não relacionada a matéria previdência.

Por outro lado, a requerida Banesprev é ilegítima, na mesma linha argumentativa da legitimidade do banco. Por não se tratar de questão previdenciária, como exaustivamente narrou o autor, nem de pretensão de complementação ou revisão de benefício, não há qualquer imputação passível de recair sobre o fundo previdenciário. (fls. 868)

Contudo, em que pese o entendimento do MM. Juízo *a quo*, a causa de pedir se funda na interrupção do pagamento de PLR/gratificação semestral aos aposentados, na complementação de aposentadoria, diante da privatização do Banco Banespa com a aquisição pelo Santander em 2000, quando o autor já não mantinha vínculo empregatício com o apelante, sendo aposentado desde 1997.

Verifica-se, portanto, que pretende o autor, com o ajuizamento da demanda, a condenação dos réus Banco Banespa e Banesprev ao pagamento de PLR/gratificação semestral dos últimos cinco anos anteriores à propositura da ação e nas parcelas futuras a serem recebidas, ou seja, como forma de complementação do benefício previdenciário.

Esse entendimento é, inclusive, confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, na decisão de fls. 1.089/1092, na qual foi reconhecida a competência da Justiça Comum justamente pelo pedido inicial consistir em revisão de complementação de aposentadoria.

No julgamento do REsp 1.370.191/RJ, realizado pela sistemática de recurso repetitivo (Tema 936), a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que: "*O patrocinador não possui legitimidade passiva para litígios que envolvam participante/assistido e entidade fechada de previdência complementar, ligados estritamente ao plano previdenciário, como a concessão e a revisão de benefício ou o resgate da reserva de poupança, em virtude de sua personalidade jurídica autônoma, mas também de que não se incluem, no âmbito da matéria afetada, as causas originadas de eventual ato ilícito, contratual ou extracontratual, praticado pelo patrocinador*", nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CONTRATO DE TRABALHO E CONTRATO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. VÍNCULOS CONTRATUAIS AUTÔNOMOS E DISTINTOS. DEMANDA TENDO POR OBJETO OBRIGAÇÃO CONTRATUAL PREVIDENCIÁRIA. LEGITIMIDADE DA PATROCINADORA, AO FUNDAMENTO DE TER O DEVER DE CUSTEAR DÉFICIT. DESCABIMENTO. ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA. EVENTUAL SUCUMBÊNCIA. CUSTEIO PELO FUNDO FORMADO PELO PLANO DE BENEFÍCIOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, PERTENCENTE AOS PARTICIPANTES, ASSISTIDOS E DE-

Acesso ao Sumário

MAIS BENEFICIÁRIOS.

1. As teses a serem firmadas, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973), são as seguintes:

I - O patrocinador não possui legitimidade passiva para litígios que envolvam participante/assistido e entidade fechada de previdência complementar, ligados estritamente ao plano previdenciário, como a concessão e a revisão de benefício ou o resgate da reserva de poupança, em virtude de sua personalidade jurídica autônoma.

II - Não se incluem, no âmbito da matéria afetada, as causas originadas de eventual ato ilícito, contratual ou extracontratual, praticado pelo patrocinador.

2. No caso concreto, recurso especial não provido."

(REsp 1.370.191/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 13/06/2018).

Nesse sentido, precedentes desta Corte em casos de semelhantes envolvendo as mesmas rés:

*APELAÇÃO. Previdência Privada. Ação de complementação de aposentadoria. Sentença que reconheceu a ilegitimidade passiva e extinguiu o feito com fulcro no art. 485, inciso IV, do CPC. Irresignação da autora insistindo na procedência da ação com o pagamento dos lucros e resultados semestral (PLR), dos anos de 2010 e 2011, em igualdade aos funcionários ativos. Ex Funcionários do antigo "Banco Banespa", que atualmente se encontram aposentados em face do "Fundo Banespa de Seguridade Social (Banesprev)", sucedido pelo "Banco Santander (Brasil) S.A.". Restabelecimento ao pagamento da "gratificação semestral", com a atual denominação de "Participação nos Lucros e Resultados" (PLR), em igualdade com os funcionários ativos. Descabimento. Aplicação de vantagens de qualquer natureza concedidas aos funcionários em atividade não podem repercutir nos benefícios complementares dos inativos - Autores que se encontram aposentados, sendo que foram admitidos após a Lei Estadual nº 200/1974, que revogou outras Leis que concediam aos aposentados a complementações de pensões e outras vantagens de quaisquer natureza, sob o regime da legislação trabalhista. Diante da ausência de formação da fonte de custeio desses benefícios - Recurso Especial nº 1.425.326/RS, também submetido ao rito dos Recursos Repetitivos (Tema nº 736) - **Ilegitimidade passiva do "Banco Santander (Brasil) S/A" que deve ser mantida, tendo em vista a autonomia entre a relação trabalhista e a relação contratual de previdência complementar - Tese fixada pelo E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.370.191/RJ, submetido à sistemática dos Recursos Repetitivos** - Improcedentes os pedidos com relação à corré BANESPREV . RECURSO IMPROVIDO,*

Acesso ao Sumário

com observação. **(TJSP; Apelação nº 0003830-67.2020.8.26.0100; Relator: Des. Luís Roberto Reuter Torro; 27ª Câmara de Direito Privado; Data de julgamento: 18/12/2023) (realce não original)**

COBRANÇA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. Previsão de pagamento de "gratificação semestral" aos aposentados, estabelecida pelo regulamento vigente quando da aposentadoria. Direito adquirido. Equivalência entre as verbas "gratificação semestral" e "Participação nos Lucros e Resultados - PLR". SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, para declarar devido "o pagamento juntamente com seu benefício previdenciário da verba hoje denominada como 'participação nos lucros e resultados'" e para condenar os Requeridos ao pagamento "da referida verba devida e não paga anteriormente, observando-se a prescrição quinquenal". Incabível a inclusão das verbas de participação nos lucros e das gratificações na base de cálculo do valor do benefício. Verbas que visam à distribuição dos lucros ao final do exercício financeiro (como a "PLR" e a "gratificação semestral") não são consideradas verbas salariais, mas possuem natureza de benefício de vantagem pessoal, a ser pago apenas aos funcionários ativos (conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça). ***Ilegitimidade processual do Requerido Banco Santander (mero patrocinador do plano de previdência privada). RECURSO DOS REQUERIDOS PROVIDO, para julgar extinto o processo quanto ao Requerido Banco Santander, com fulcro no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil****, e para julgar improcedente a ação.* **(TJSP; Apelação nº 1076513-51.2021.8.26.0100; Relator: Des. Flavio Abramovici; 35ª Câmara de Direito Privado; Data de julgamento: 18/09/2023) (realce não original)**

APELAÇÃO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AÇÃO DE COBRANÇA. Sentença de procedência. Irresignação. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. Decisão proferida após sucessivos recursos, pelo C. STJ, em recurso especial. ***ILEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO SANTANDER. Todos se desvincularam do BANESPA-Banco do Estado de São Paulo S.A. na década de 1990, antes da sucessão havida pelo BANCO SANTANDER. Com a aposentação, cessou o vínculo contratual entre os apelados e o empregador, que não é o responsável pelo pagamento da verba postulada. Entendimento de acordo com o Recurso Especial nº 1.370.191/RJ (Tema 936) sob a sistemática dos recursos repetitivos. Extinção do feito em relação ao banco.*** *GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL E PRL. Cobrança de valores correspondentes a esses benefícios, previstos no regulamento interno do ex- empregador. Descabimento. Entendeu-se que as vantagens de qualquer natureza concedidas aos funcionários em atividade não podem repercutir nos benefícios complementares dos ina-*

Acesso ao Sumário

tivos. Julgamento do REsp 1.425.326/RS, tema 736, julgado sob a forma de recursos repetitivos. Precedentes deste E. Tribunal. Improcedência da ação. Inversão do ônus sucumbencial. RECURSO PROVIDO. **(TJSP; Apelação nº 1089133-32.2020.8.26.0100; Relator: Des. Rosangela Telles; 31ª Câmara de Direito Privado; Data de julgamento: 06/06/2023) (realce não original)**

APELAÇÃO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AÇÃO DE COBRANÇA. Sentença de procedência, com a condenação dos réus ao pagamento de parcelas referentes a PLR relativas aos últimos cinco anos anteriores à data da propositura da ação. Insurgência dos réus. DIALETICIDADE. Recursos que, pese a repetição de teses apresentadas em contestação, impugnam especificamente os fundamentos da sentença. CONDIÇÃO DA AÇÃO. ***Ilegitimidade passiva da instituição financeira patrocinadora, ante o decidido pelo STJ, no julgamento de recurso repetitivo (REsp 1.370.191/RJ Tema 936). Extinção do processo, sem resolução do mérito, por carência de ação, em relação ao banco réu****. Preliminar acolhida. MÉRITO. BANESPREV. Pretensão autoral quanto ao recebimento de verbas relativas à participação nos lucros e resultados, conforme previsão estatutária e regulamentar do ex-empregador. Inadmissibilidade. Entendimento manifestado pelo E. Superior Tribunal de Justiça que, em sede de recurso especial repetitivo, entendeu que as vantagens de qualquer natureza concedidas aos funcionários em atividade não podem repercutir nos benefícios complementares dos inativos (REsp 1.425.326/RS Tema 736). Precedentes. Sentença reformada. RECURSOS PROVIDOS, com observação.* **(TJSP; Apelação nº 1029008-18.2018.8.26.0602; Relator: Des. Luis Fernando Nishi; 32ª Câmara de Direito Privado; Data de julgamento: 13/04/2023) (realce não original)**

Não se ignora que o patrocinador, ora apelante, efetuou o pagamento a menor referente às diferenças que se pretende receber, com inequívoco impacto no cálculo do benefício de complementação de aposentadoria.

Contudo, tal conduta não enseja a responsabilidade solidária do patrocinador perante o autor, limitando-se sua obrigação, tão somente, à regularização de seus aportes perante a entidade de previdência, considerados os acréscimos remuneratórios previstos.

No caso, a r. sentença recorrida reconheceu a ilegitimidade passiva do Banesprev, sem que tenha sido interposto recurso pelo autor, de modo que não há como estender a responsabilidade de pagamento do benefício previdenciário ao apelante, que somente teria a obrigação de realizar aportes àquela instituição previdenciária a fim de garantir a reserva matemática.

No entanto, já reconhecida a ilegitimidade passiva do Banesprev e sem que o apelante possa ser condenado ao pagamento das diferenças pleiteadas, não

Acesso ao Sumário

há aporte a ser por ele complementado.

Esta Colenda Câmara já reconheceu a ilegitimidade do banco apelante em casos semelhantes, nos seguintes termos:

> *COBRANÇA. **Pretensão de incorporação da verba denominada PLR (participação nos lucros e resultados) no benefício de previdência complementar privada** julgada procedente. Ratificação da competência da Justiça Comum Estadual para o julgamento da causa. **Ilegitimidade passiva do BANCO SANTANDER. Reconhecimento**. Ex-funcionário do Banco Banespa que aderiu ao Plano V, da BANESPREV, que não prevê o pagamento da verba em questão como complemento à sua aposentadoria. Observância do posicionamento pacificado pelo STJ em sede de recurso repetitivo, REsp 1.425.326/RS, perfeitamente aplicável na espécie. Processo extinto sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, em relação ao BANCO SANTANDER, e ação julgada improcedente em relação à BANESPREV. Apelações providas.* **(TJSP; Apelação nº 1002440-78.2019.8.26.0553; Relator: Des. Sá Duarte; 33ª Câmara de Direito Privado; Data de julgamento: 30/11/2021) (realce não original)**

Assim, de rigor o reconhecimento da ilegitimidade passiva do apelante devido sua qualidade de patrocinador, extinguindo-se o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência, o autor deverá arcar com o pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 12% do valor atualizado da causa, já considerado o trabalho nesta fase recursal.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1054080-82.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes HERMAN SCHWANK SILVA QUEIROZ e MARIAH CIOATO VANZ, é apelado TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28393)**

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

São Paulo, 23 de janeiro de 2024.

ROBERTO MAIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. Ação de indenização por danos morais em razão de cancelamento e atraso em voo internacional. Demanda proposta em face da companhia aérea. Sentença que julgou o pedido improcedente, condenando os autores ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa. Apelo dos autores. Com razão. Ação de indenização por danos morais em razão de cancelamento e atraso de cinco horas e cinco minutos em voo internacional. O valor reparatório dos danos morais não está limitado pelo julgamento dos RE 636.331-RJ e ARE 766.618-SP, com repercussão geral, remanescendo os entendimentos jurisprudenciais a respeito da aplicação das normas contidas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. O atraso foi de cinco horas e cinco em um voo internacional e os autores não receberam nenhum auxílio material durante esse período. Ninguém a isto fica indiferente. Tais circunstâncias extrapolam o limite do razoável de um "simples atraso" de voo e são capazes de causar aflição e angústia no passageiro. Arbitramento do quantum indenizatório em R$ 2.000,00 para cada autor. Condenação da demandada, ainda, a arcar com o ônus decorrente da sucumbência. Apelo provido.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de ação de indenização por danos morais proposta em 02.05.2023 por *Herman Schwank Silva Queiroz* e *Mariah Cioato Vanz* em face de *TAP - Transportes Aéreos Portugueses S. A*. Alegam os autores, em síntese, terem adquirido passagens aéreas para uma viagem de Florianópolis à Paris, com conexões em Belo Horizonte e Lisboa. No entanto, ao chegarem no aeroporto de Belo Horizonte, foram informados de que seu último voo havia sido cancelado, sem receber suporte adequado da companhia aérea. Após várias tentativas frustradas de resolver a situação, os autores tiveram sua viagem reprogramada, porém, a única opção oferecida era um voo com atraso de mais de cinco horas. Isso resultou em prejuízos pessoais, gastos extras e perda de atividades planejadas. Os autores chegaram ao destino final muito além do horário originalmente contratado, causando frustração, estresse e impotência. Diante o exposto, solicitam que a requerida seja condenada a pagar para cada um a título de indenização por

Acesso ao Sumário

danos morais o importe de R$ 4.000,00. Por fim, postulam pela procedência do pedido. Atribuíram à causa o valor de R$ 8.000,00 (fls. 12).

Sobreveio sentença a fls. 92/94, cujo relatório se adota, julgando "*IMPROCEDENTE o pedido, extinguindo-se o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência, condeno a parte autora ao pagamento das despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, quantia que está em consonância com os critérios do artigo 85, § §, do Código de Processo Civil*" (fls. 94).

Apelam os autores (fls. 97/104) pleiteando a reforma da r. decisão alegando, em resumo, que **(A)** "c*hegaram em seu destino MAIS DE 05 HORAS APÓS O ORIGINALMENTE CONTRATADO*" (fls. 99); **(B)** "*A apelada pretende afastar o dever de indenizar os autores argumentando que prestou assistência reacomodando os passageiros com a maior brevidade possível. Acontece que a atitude da empresa não se moldou conforme os ditames da Resolução nº 400/2016 da ANAC, que trazem as obrigações do transportador aéreo no caso de atraso superior a 04 horas, as quais, de maneira nenhuma, foram cumpridas pela TAP*" (fls. 99/100); **(C)** "*NÃO HOUVE NENHUMA PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA POR PARTE DA EMPRESA AÉREA REQUERIDA. Destaca-se que em momento algum a empresa requerida apresenta ao processo provas de que qualquer tipo de assistência fora prestado*" (fls. 101); **(D)** "*ESPERAR MAIS DE 05 HORAS PARA REALIZAR UMA VIAGEM ESTÁ COMPLETAMENTE FORA DO MERO DISSABOR DO COTIDIANO*" (fls. 101); **(E)** "*a requerida sequer procedeu no oferecimento de reacomodação de voo em horário compatível*" (fls. 102); e **(F)** "*o valor da indenização não poderá ser ínfimo para a empresa, uma vez que, o dano moral tem caráter essencialmente pedagógico. Desta forma, os danos morais deverão ser arbitrados conforme requerido na inicial, com o intuito de evitar outros casos semelhantes*" (fls. 104).

Deste modo, "*os Apelantes requerem a Vossas Excelências a reforma da sentença para que condene a Apelada a pagar a indenização de R$ 8.000,00 (...) a título de danos morais, sendo R$ 4.000,00 (...) reais para cada, conforme pedido da inicial. Seguindo a lógica processual de nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que a motivação do presente recurso se deu diante das atitudes danosas da Apelada, requer também sua condenação ao pagamento da sucumbência recursal em atendimento ao artigo 85, §§ 11 e 12 do CPC*" (fls. 104).

Houve contrarrazões pugnando pela manutenção do decidido (fls. 110/119). O recurso foi regularmente processado.

Ao depois, a companhia aérea ré-apelada apresentou memorial (fls. 124/128).

Após a determinação de fls. 129, os autores-apelantes recolheram a quantia relativa à complementação do preparo (fls. 133/134).

Acesso ao Sumário

FUNDAMENTAÇÃO:

Ab initio, verifica-se que o apelo é tempestivo e o preparo foi recolhido (fls. 105/106 e 133/134).

No mais, a r. sentença recorrida merece ser, *data venia*, reformada.

Incontroverso que os autores, ora apelantes, contrataram com a companhia aérea ré, ora apelada, um voo que sairia no dia 28.03.2023 de Florianópolis com destino à Paris e com escalas em Belo Horizonte e Lisboa. Igualmente incontroverso que o voo de Lisboa até Paris foi cancelado e os recorrentes realocados, fazendo com que estes chegassem à Paris com cinco horas e cinco minutos de atraso. Mencionam expressamente que a recorrida não forneceu auxílio material durante as horas de espera ("*não prestou assistência durante o período de espera*" - fls. 04, primeiro parágrafo).

A empresa apelada afirma que não é responsável pelo atraso ocorrido em razão de "*problemas operacionais alheios à vontade e ao controle da companhia aérea*" (fls. 54, primeiro parágrafo).

Ocorre que, "*problemas operacionais*", todavia, devem ser encarados como fortuito interno, ou seja, risco da atividade econômica desenvolvida pela recorrida, que não pode ser oposto contra os passageiros.

Note-se que ao celebrar contrato de transporte aéreo, a fornecedora de serviço se responsabiliza pelo transporte dos passageiros e bagagens, assumindo os riscos inerentes à sua atividade. Insta salientar, neste ponto, que a apelada confirma o atraso de cinco horas e cinco minutos e não juntou nenhum documento comprovando o fornecimento de auxílio material aos passageiros durante o período de espera.

Diante do quadro que se descortina, configurado o dever da empresa recorrida em indenizar os apelantes, restando verificar a comprovação do prejuízo sofrido.

Não se pode olvidar o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário 636331, a saber:

> *Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais. 5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: "**Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor**". 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Inde-*

Acesso ao Sumário

nização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento. (RE 636331, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 10-11-2017 PUBLIC 13-11-2017 - **sem destaque no original**).

Tal julgado, todavia, se aplica somente para a indenização material decorrente de extravio de bagagem em voos internacionais, não abrangendo a reparação pelos danos morais e materiais de outra natureza que não extravio de bagagem.

Neste sentido, já se pronunciou este Tribunal de Justiça, *in verbis*:

*RESPONSABILIDADE CIVIL (...) - **O valor reparatório dos danos morais não está limitado pelo julgamento dos RE 636.331-RJ e ARE 766.618-SP, com repercussão geral, remanescendo os entendimentos jurisprudenciais a respeito da aplicação das normas contidas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor** - (...) - Valor que atendeu aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade - Sentença mantida - Recurso não provido.* (TJSP; Apelação nº 1032018-58.2017.8.26.0100; Relator Des. Helio Faria; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 44ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/10/2017; Data de Registro: 13/11/2017 - **sem destaques no original**).

Por outro lado, é bem verdade que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o simples atraso do voo não é considerado como um automático causador do dano moral. Em outras palavras, no caso de atraso de voo, não se admite a configuração do dano moral *in re ipsa*, a saber:

*DIREITO DO CONSUMIDOR E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. **ATRASO EM VOO INTERNACIONAL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.** EXTRAVIO DE BAGAGEM. ALTERAÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.*

1. Ação de reparação de danos materiais e compensação de danos morais, tendo em vista falha na prestação de serviços aéreos, decorrentes de atraso de voo internacional e extravio de bagagem.

2. Ação ajuizada em 03/06/2011. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73.

3. O propósito recursal é definir i) se a companhia aérea recorrida deve ser condenada a compensar os danos morais supostamente sofridos pelo

Acesso ao Sumário

recorrente, em razão de atraso de voo internacional; e ii) se o valor arbitrado a título de danos morais em virtude do extravio de bagagem deve ser majorado.

4. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.

5. ***Na específica hipótese de atraso de voo operado por companhia aérea, não se vislumbra que o dano moral possa ser presumido em decorrência da mera demora e eventual desconforto, aflição e transtornos suportados pelo passageiro. Isso porque vários outros fatores devem ser considerados a fim de que se possa investigar acerca da real ocorrência do dano moral, exigindo-se, por conseguinte, a prova, por parte do passageiro, da lesão extrapatrimonial sofrida.***

6. Sem dúvida, as circunstâncias que envolvem o caso concreto servirão de baliza para a possível comprovação e a consequente constatação da ocorrência do dano moral. A exemplo, pode-se citar particularidades a serem observadas: i) a averiguação acerca do tempo que se levou para a solução do problema, isto é, a real duração do atraso; ii) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros; iii) se foram prestadas a tempo e modo informações claras e precisas por parte da companhia aérea a fim de amenizar os desconfortos inerentes à ocasião; iv) se foi oferecido suporte material (alimentação, hospedagem, etc.) quando o atraso for considerável; v) se o passageiro, devido ao atraso da aeronave, acabou por perder compromisso inadiável no destino, dentre outros.

7. ***Na hipótese, não foi invocado nenhum fato extraordinário que tenha ofendido o âmago da personalidade do recorrente. Via de consequência, não há como se falar em abalo moral indenizável.***

8. Quanto ao pleito de majoração do valor a título de danos morais, arbitrado em virtude do extravio de bagagem, tem-se que a alteração do valor fixado a título de compensação dos danos morais somente é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada, o que não ocorreu na espécie, tendo em vista que foi fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

(REsp 1584465/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 21/11/2018 - **sem destaques no original**).

Destaca-se que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acima mencionado constou do Informativo nº 0638, com publicação em 19 de dezembro de 2018, nos seguintes termos, a fim de expor com clareza a tese adotada

Acesso ao Sumário

(**sem destaques no original**):

Destaque

***Na hipótese de atraso de voo, não se admite a configuração do dano moral* in re ipsa**.

Informações do Interior Teor

De início, revela-se importante anotar que esta Corte Superior tem perfilhado o entendimento de que "o dano moral decorrente de atraso de voo prescinde de prova, sendo que a responsabilidade de seu causador opera-se, in re ipsa*, por força do simples fato da sua violação em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro" (REsp 299.532/SP, 4ª Turma, DJe 23/11/2009). Contudo,* ***a presunção de dano moral* in re ipsa, *independentemente da duração do atraso e das demais circunstâncias envolvidas, exige maiores reflexões sobre a controvérsia***. *É que* ***vários outros fatores devem ser considerados a fim de que se possa investigar acerca da real ocorrência do dano moral, exigindo-se, por conseguinte, a prova, por parte do passageiro, da lesão extrapatrimonial sofrida.*** *Dizer que é presumido o dano moral nas hipóteses de atraso de voo é dizer, inevitavelmente, que o passageiro, necessariamente, sofreu abalo que maculou a sua honra e dignidade pelo fato de a aeronave não ter partido na exata hora constante do bilhete, frisa-se, abalo este que não precisa sequer ser comprovado, porque decorreria do próprio atraso na saída da aeronave em si. Por oportuno, convém mencionar que* ***as circunstâncias que envolvem o caso concreto servirão de baliza para a possível comprovação e a consequente constatação da ocorrência do dano moral***. *A exemplo, pode-se citar particularidades a serem observadas: I) a averiguação acerca do tempo que se levou para a solução do problema, isto é, a real duração do atraso; II) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros; III) se foram prestadas a tempo e modo informações claras e precisas por parte da companhia aérea a fim de amenizar os desconfortos inerentes à ocasião; IV) se foi oferecido suporte material (alimentação, hospedagem, etc.) quando o atraso for considerável; V) se o passageiro, devido ao atraso da aeronave, acabou por perder compromisso inadiável no destino, dentre outros*.

Na hipótese vertente, todavia, há particularidades que levam a outra conclusão.

Ora, o atraso foi de cinco horas e cinco minutos em um voo internacional e os apelantes não receberam nenhum auxílio material durante esse período. Ninguém a isto fica indiferente. Tais circunstâncias extrapolam o limite do razoável de um "simples atraso" de voo e são capazes de causar aflição e angústia no passageiro.

Acesso ao Sumário

Deste modo, há danos morais sofridos pelos recorrentes no caso concreto.

Não se pode perder de vista que além do viés compensatório, a indenização por dano moral também tem por escopo reprimir e prevenir atitudes abusivas, especialmente contra consumidores, com o intuito de inibir novas e outras possíveis falhas na prestação do serviço.

Portanto, no arbitramento do dano moral devem ser levadas em consideração as condições pessoais do ofendido, as condições econômicas do ofensor, o grau de culpa e gravidade dos efeitos do evento danoso, a fim de que o resultado não seja insignificante, a ponto de estimular a prática de atos ilícitos, nem represente enriquecimento indevido da vítima.

No caso em tela inexistem maiores informações sobre a situação econômica dos apelantes. Já a empresa recorrida é pessoa jurídica de grande porte, não sendo de medianas proporções as consequências do ato danoso, mas não tão intensas ao ponto de causar abalo psicológico prolongado.

Por estas razões, é caso de condenar a apelada ao pagamento de uma indenização por danos morais na quantia de R$ 2.000,00 **para cada autor**, totalizando R$ 4.000,00. Sobre tal valor incidirão juros de 1% ao mês desde a citação, haja vista que a responsabilidade é contratual. Já a correção monetária fluirá desde a data da presente sessão de julgamento (Súmula nº 362 do STJ).

Condena-se ainda a empresa ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados por equidade em R$ 1.500,00, nos termos do artigo 85, §8º do Código de Processo Civil, com atualização desde a presente sessão e juros desde o trânsito em julgado, tendo em vista a natureza massiva da causa, bem como o tempo de tramitação (petição inicial protocolada em 02.05.2023).

Insta salientar que o critério instituído pelo artigo 85, §8º-A da lei civil adjetiva, para fixação equitativa de honorários sucumbenciais, não pode ser interpretado com base em valor fixo definido por um órgão de classe.

Fosse assim, forçoso seria concluir o absurdo, isto é, que o arbitramento em questão, em verdade atribuído pela lei ao prudente arbítrio do magistrado, teria sido entregue ao aludido órgão de classe e, além disso, submetido a tabela predeterminada e alheia às circunstâncias do caso concreto. Tal entendimento, a toda evidência, esvaziaria por completo o próprio sentido do arbitramento equitativo, subtraindo do juiz a possibilidade de análise, no caso concreto, dos elementos previstos nos incisos do artigo 85, §2º do CPC, para efeito de fixação dos honorários. Pelo contrário, o que se extrai do texto do novo dispositivo, até diante da terminologia ali empregada, é que os valores constantes da tabela editada pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil representam meras recomendações para os fins do arbitramento equitativo de que trata o §8º do aludido artigo 85. Tratando de recomendação, obviamente o magistrado não está a ela vinculado.

Acesso ao Sumário

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

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, voto pelo **provimento.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001955-05.2023.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que são apelantes L.V.L. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e DANIELE VITOR (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é apelado UNIMED DE ASSIS - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36737)**

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

São Paulo, 26 de janeiro de 2024.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: Plano de saúde. Sentença de parcial procedência que determinou a realização do tratamento pelo método ABA em substituição ao método MIG. Caracterizada sentença "extra petita". Apelante portador de transtorno do espectro autista. Negativa de cobertura de tratamento através do método MIG, prescrito por médico que acompanha o paciente, pelo fato de não constar no rol da ANS. Abusividade se há expressa indicação médica. Compete ao plano estabelecer quais doenças são cobertas, mas não o tipo de tratamento que o paciente deve ser submetido. Aplicação das súmulas 96 e 102 deste TJSP. Necessidade do apelante incontroversa. Afronta à regra do artigo 51, IV e § 1º, II, do CDC. Cobertura devida. Exclusão contratual que contraria a própria função social do contrato de plano de saúde. Dano moral caracterizado. Valor fixado, nesta sede, em observância aos prin-

Acesso ao Sumário

cípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença de fls. 1269/1274, que, na ação ajuizada por L.V.L (menor representado) contra UNIMED DE ASSIS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, julgou parcialmente procedente o pedido para:

"*determinar que a parte ré garanta em rede credenciada própria o tratamento pleiteado pelo autor e indicado na fl. 28, a ser realizado no município de Assis/SP, ressalvado o método "MIG" que deverá ser substituído pelo método ABA. Na hipótese de a ré não providenciar local de atendimento em estabelecimento no município da residência do autor (Assis/SP), deverá financiar inteiramente os tratamentos em instituição fora de sua rede credenciada, observados, claro, os termos do contrato relacionados com a possibilidade coparticipação. Na hipótese de o autor escolher fazer o tratamento em instituição forma da rede, deverá arcar com a consequência jurídica das normas do contrato que firmou. Por fim, a cada seis meses o autor deverá se disponibilizar para nova avaliação por médico especialista integrante da rede credenciada da ré, com o fim de ajustar o tratamento às necessidades, sob pena de suspensão até que a reavaliação seja feita.*"

Em decorrência da sucumbência mínima da requerida, o autor foi condenado no pagamento das custas, despesas processuais e honorários fixados em 10% do valor atualizado da causa, observada a justiça gratuita deferida.

O autor apela às fls. 849/880. Sustenta, preliminarmente, a caracterização de julgamento "extra petita", uma vez que não requereu tratamento pelo método ABA. No mérito, alega a necessidade de ser tratado pelo método MIG, conforme prescrição médica, tendo em vista que os tratamentos convencionais não surtiram efeitos. Salienta que a taxatividade do rol da ASN não se aplica ao caso concreto, considerando a Resolução Normativa ANS nº 539 de 23/06/2022. Afirma não se justificar a determinação de avaliação a cada 6 meses na rede credenciada da requerida, considerando que todos os seus médicos são associados e, ainda, a inviabilidade de o plano de saúde definir seu tratamento. Portanto, se mantida essa condição, deveria ser exigido apenas laudo dos médicos que o assistem. Aduz a caracterização de danos morais.

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento (fls. 1482/1488).

É o relatório.

O apelante ajuizou a presente ação sob alegação de que tinha sido diag-

Acesso ao Sumário

nosticado com Transtorno do Espectro Autista (TEA) e Retardo Mental Leve (CID 10: F84.0 e F70.0), motivo pelo qual, conforme relatório médico, necessitava de terapia multidisciplinar e intensiva através do Método de Integração Global - "MIG", uma vez que os tratamentos convencionais não surtiram efeito. Contudo, a apelada negou o fornecimento desse tratamento. Pleiteou a condenação da apelada para custear/autorizar o tratamento utilizando o Método de Integração Global - "MIG", na forma prescrita pelo médico, sem limite de sessões, assim como pagar de indenização por danos morais, no valor correspondente a R$ 50.000,00.

A tutela de urgência foi deferida em sede de agravo de instrumento.

A apelada contestou (fls. 216/248).

Após a réplica e manifestação da apelada requerendo a realização de perícia, sobreveio a sentença recorrida.

O inconformismo merece acolhimento.

Primeiramente, cumpre observar que, de fato, a sentença é "extra petita", uma vez que a ação foi ajuizada visando tratamento através de método diverso do concedido. Por outro lado, apesar dessa nulidade, os elementos presentes nos autos autorizam a apreciação, agora nesta sede, do mérito do pedido inicial.

No caso dos autos, verifica-se a abusividade da recusa de cobertura, pela apelada, ao tratamento médico prescrito ao apelante.

O Código de Defesa do Consumidor, especialmente em seu artigo 51, inciso IV e §1º, estabelece serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa fé ou equidade, presumindo-se exagerada a vantagem que restringe direitos ou garantias fundamentais, inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o seu objeto ou o equilíbrio contratual.

Neste contexto, constata-se a abusividade na recusa da cobertura a procedimento necessário ao restabelecimento da saúde essencial ao apelante, frisando que o contrato de prestação de serviços de saúde, visa justamente resguardar tal objeto, e não pode fugir ao programado por meio de entrelinhas, que contrariam disposições legais, principalmente aquelas atinentes à defesa do consumidor.

Acesso ao Sumário

No tema, interessante transcrever:

"*Seguro saúde - Cláusula de exclusão de aparelho de marcapasso - Procedimento necessário em caráter emergência!, sob pena de agravamento da situação -Contrato de adesão submetido aos ditames do Código de Defesa do Consumidor - Cláusula que é considerada abusiva e, portanto, tida como não escrita - Doutrina e jurisprudência - Ação procedente - Recurso improvido*" (TJSP, 3a Câmara de Direito Privado, Apel. nº 407.461.4/5-00, Rel. Des. Beretta da Silveira, j . 31.07.2006).

Além disso, é descabida a negativa de custeio de tratamentos devidamente prescritos e destinados à melhoria da condição do paciente, sujeitos à cober-

tura contratual, pelo fato de não se encontrar previsto no rol de procedimentos da ANS.

É este, aliás, o enunciado ora esposado na Súmula 102 deste Egrégio Tribunal:

"*Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.*".

O fato de não constar de Resolução da ANS não implica, por si só, exclusão da cobertura do plano. Se existe um rol de procedimentos obrigatórios, isso só significa que são básicos e indispensáveis a todos os contratos e, portanto, não podem ser excluídos a não ser por previsão contratual expressa.

Por outro lado, não pode o plano de saúde prever cobertura para o tratamento da moléstia que acomete o paciente, como no caso, e se recusar a autorizar o tratamento em si, sob pena de a cobertura da doença não ser, como deveria, uma realidade.

É esta a orientação emanada da Súmula 96 deste Egrégio Tribunal de Justiça:

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

No mais, sobreleva frisar que "*A exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato.*" (STJ Resp nº 183719/ SP 4ª Turma Rel. Min. Luis Felipe Salomão DJe 13.10.08).

Destaca-se também o v. aresto exarado pelo E. Desembargador Francisco Loureiro, que é pontual e semelhante ao presente caso, ao tratar de utilização de técnica mais benéfica ao paciente:

"*(...) a utilização de robótica constitui forma especial de procedimento cirúrgico, com vantagens para o paciente, pois se mostra menos invasivo e apresenta riscos inferiores (...). A utilização de incisões mínimas, em razão da técnica, possibilita retorno mais rápido às atividades normais, menor tempo de hospitalização, menor risco de incontinência e impotência, menor perda de sangue e menos transfusão, redução da dor. Evidente, portanto, que também é método mais favorável à operadora de planos de saúde, por permitir um menor tempo de internação, reduzindo custos na realização da cirurgia (...). Cumpre admitir que a utilização de robótica traz vantagens a ambas as partes*". (TJSP, Apelação nº 1067516-60.2013 .8.26.0100, Des. Rel. Francisco Loureiro, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 15/08/2014).

Assim, como já dito, à seguradora ou convênio compete estabelecer quais

Acesso ao Sumário

doenças são cobertas, mas não a que tipo de tratamento a paciente deve ser submetido para o alcance da cura. O contrato deve se ajustar aos avanços da medicina, cabendo ao profissional da área a indicação do tratamento adequado ao seu paciente, não se admitindo interferência do convênio para este fim, muito menos a exclusão do procedimento indicado sob pena de violar o próprio objeto contratado, qual seja, a proteção da vida e da saúde do segurado.

Evidente que a negativa genérica de cobertura contratual viola a legislação aplicável. Se coberta a moléstia, como no caso dos autos, não se pode excluir o tratamento.

Ademais, é considerada iníqua a cláusula que limita a cobertura a doenças, procedimentos e tratamentos. Assim, não se pode negar o direito do segurado a uma vida com dignidade, quando houver um tratamento idôneo a aliviar seu sofrimento, restituindo sua qualidade de vida e estendendo sua sobrevida.

Nos termos do art. 51, incisos I e IV, do Código de Defesa do Consumidor e, ainda, a teor dos arts. 11 e 12 da Lei nº 9.656/98, o plano de saúde deve cobrir tudo o que for necessário ao completo restabelecimento do beneficiário.

Em casos semelhantes, o E. Tribunal de Justiça tem admitido a cobertura de terapias não previstas no rol da ANS e afastado a limitação do número de sessões de tratamento, como fisioterapia, terapia ocupacional, fonoaudiologia, entre outros, sempre que necessárias à preservação da vida, da saúde e do desenvolvimento da paciente.

Aliás, cumpre observar que, recentemente, a ANS, através da RN ANS 539, de 23/06/22, alterou a RN nº 465, de 24/02/2021, cujo artigo 6º passou a estabelecer: "*(...) § 4º Para a cobertura dos procedimentos que envolvam o tratamento/manejo dos beneficiários portadores de transtornos globais do desenvolvimento, incluindo o transtorno do espectro autista, a operadora deverá oferecer atendimento por prestador apto a executar o método ou técnica indicados pelo médico assistente para tratar a doença ou agravo do paciente*.".

Por outro lado, tendo em vista que nesse caso o que prevalece é o método indicado pelo médico que assiste o apelante, não se justifica o condicionamento do tratamento à avaliação por médico da apelada.

Portanto, mediante a apresentação, a cada seis meses, de laudo elaborado pelo médico que o assiste, apelada deve autorizar, em sua rede credenciada, na cidade onde reside o apelante, a realização do tratamento pelo método MIG, sem limite de sessões, conforme prescrição médica às fls. 28, sob pena de multa diária de R$ 500,00. E, se inexistente o tratamento na rede credenciada, deve custear integralmente fora da rede credenciada.

No mais, em que pese entendimentos no sentido da inexistência de obrigatoriedade de pagamento de indenização por danos morais em casos que envolvam contratos de planos de saúde, posto que a negativa de custeio de despesas médicas veio alicerçada em interpretação de cláusula contratual, havendo dú-

Acesso ao Sumário

vida razoável quanto ao dever de cumprimento da obrigação discutida, hipótese em que descaberia reparação por eventual dano extrapatrimonial, no caso concreto, a negativa de cobertura do tratamento médico mencionado na petição inicial, sem dúvida, ocasionou preocupação e constrangimentos que atingiram a esfera íntima da parte beneficiária do plano de saúde, o que se deu em razão da desídia da operadora de saúde que deixou de observar as normas que regem a matéria e sua própria sistemática administrativa. Tal fato, portanto, é apto a gerar a responsabilidade pelo dano extrapatrimonial.

A indenização, por sua vez, deve ser fixada de maneira equitativa e moderada, observando as peculiaridades de cada caso, para que não se tenha a dor como instrumento de captação de vantagem, proporcionando ao ofendido uma compensação pelo dano sofrido e ao ofensor uma punição que desestimule a repetição da ofensa.

Em casos como este, tem-se concedido indenização com observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. E, considerando estas circunstâncias, o valor dessa indenização é fixado em R$ 10.000,00, corrigidos a partir desta data e acrescidos de juros moratórios a partir da citação.

Em razão do provimento deste recurso, é de rigor inverter o ônus da sucumbência, condenando a apelada no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários, tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Observo ainda que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo, portanto desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

De todo exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1032608-39.2021.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante NATALIA APARECIDA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.959)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CRE-

PALDI (Presidente sem voto), ALMEIDA SAMPAIO e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 29 de janeiro de 2024.
JOÃO ANTUNES, Relator

Ementa: Apelação Cível - Ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c indenização por danos morais - Fornecimento de energia elétrica - Histórico de consumo discrepante do apurado referente aos meses de fevereiro a abril de 2021 - Revisão das faturas e recálculo com base no consumo da autora - Sentença de parcial procedência - Irresignação da requerente somente com relação aos danos morais, os quais não foram configurados - Exegese da Súmula 385 do STJ - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 132/137, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c indenização por danos morais proposta por *Natalia Aparecida da Silva* em face de *Companhia Piratininga de Força e Luz - CPFL*, para declarar a inexigibilidade dos débitos referentes aos meses de fevereiro de 2021 (R$580,52), março de 2021 (R$ 1.726,88) e abril de 2021 (R$1.317,22) da instalação de n. 4002504631, pertencente a apelante, determinando que as faturas dos meses referidos fossem alterados para o montante de consumo médio em R$115,00, declarando a inexigibilidade dos valores referentes às faturas de energia dos meses de fevereiro, março e abril de 2021 anteriormente cobrados (R$ 580,52, R$ 1.726,88 e R$1.317,22 respectivamente), sendo devidos os valores recalculados (R$ 101,47, R$ 119,78 e R$ 108,56), e julgando extinto o processo com o julgamento do mérito, com fundamento no art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil, condenando as partes na sucumbência recíproca, custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor dado à causa (R$13.624,62), distribuídos proporcionalmente em 50% para cada parte, observando-se a justiça gratuita concedida para a autora a fls. 40/41.

Irresignada, recorre a autora (fls.140/144), pretendendo a reforma do julgado. Sustenta, em síntese, que os débitos cobrados foram declarados inexigíveis, causando-lhe danos morais, ante a negativação oriunda da cobrança indevida e desgaste do tempo que desperdiçou em busca da solução do seu problema.

Recurso tempestivo e isento do preparo diante da gratuidade da justiça concedida a autora (fls. 40/41).

Acesso ao Sumário

Com contrarrazões a fls. 148/153 pugnando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso preenche o pressuposto de admissibilidade.

No mérito, temos que o caso cuida de ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com indenização por danos morais, sustentando, a autora que o consumo de energia cobrados pela ré são indevidos referentes aos meses de fevereiro a abril de 2021, tendo em vista que sua média mensal é de R$ 115,00. Aduz que a requerida cobrou um montante discrepante com seus gastos mensais e a negativou perante aos órgãos de proteção ao crédito, existindo a possibilidade de risco do corte no fornecimento de energia elétrica.

Pois bem.

O recurso da autora não merece guarida.

Inicialmente, cumpra-me destacar que a relação entre as partes é pautada pelas disposições legais do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, os danos morais não são cabíveis. Conforme pontuado pelo juízo singular, a autora possui outros apontamentos anteriores a este e que, embora estejam regularizados, demonstram sua inadimplência, não demonstrando o dano moral ocasionado pela apelada, a fim de incorrer em indenização por danos morais, conforme pleiteado em suas razões recursais.

No que tange ao pedido de danos morais, estes não são cabíveis. Embora a ação tenha sido ajuizada após a exclusão do nome da autora perante o órgão de proteção ao crédito, fato é que a negativação realizada pela apelada foi anterior, ou seja, na data de 23/02/2021 (fls. 39), enquanto sua negativação com relação a Caixa Econômica Federal foi excluída em 26/06/2021 (fls. 112/113), configurando mero dissabor ocasionando à autora.

Conforme a Súmula n. 385, do STJ: "***Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento***".

Nesse sentido, confira-se precedentes desta Câmara:

"*APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZATÓRIA - ENERGIA ELÉTRICA - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA - DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE - Medida que se impõe, tendo em vista que a apelada não colacionou aos autos documento adequado a demonstrar a origem da dívida, sendo certo que a petição inicial é instruída com comprovante de pagamento da fatura supostamente inadimplida* - ***DANO MORAL - Não configuração - Existência de apontamento anterior em nome do consumidor perante os órgãos de proteção ao crédito - Inteligência da Súmula 385 do STJ -*** *Ainda que houvesse ação questionando tal apontamento, o Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu, recen-*

temente, que a discussão judicial sobre restrições anteriores não inviabiliza a incidência de tal verbete - Aplicabilidade tanto nas ações contra os órgãos de cadastros restritivos de crédito quanto nas voltadas contra o suposto credor que efetivou a inscrição irregular, conforme entendimento sedimentado no REsp nº 1.386.424/MG, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos - Redistribuição dos ônus sucumbenciais - Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Cível 1011764-81.2023.8.26.0576; Relator(a): Hugo Crepaldi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ibitinga - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/10/2023; Data de Registro: 31/10/2023)

"RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM DANOS MORAIS. Ausência de relação contratual. Lançamento de cobranças em nome da autora pela requerida sem que houvesse relação negocial entre as partes. Condenação em danos morais. Impossibilidade. ***Ato ilícito que não gera o dever de indenizar quando preexistente outra inscrição cuja ilegitimidade não restou demonstrada. Súmula 385 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Inscrição pré-existente****. Honorários advocatícios. Alteração. Impossibilidade. Fixados dentro das normas incidentes à espécie. Procedência parcial. Sentença mantida. Recurso de apelação da autora não provido, majorada a verba sucumbencial, com base no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil. (TJSP; Apelação Cível 1019711-60.2021.8.26.0576; Relator(a): Marcondes D'Angelo; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/07/2023; Data de Registro: 15/07/2023).*

Observa-se que a negativação indevida, já comprovada nestes autos, limita-se ao mero dissabor, a ser suportado, sem nenhuma indenização.

Por derradeiro, mantida a r. sentença de primeiro grau e diante da sucumbência recíproca, apenas majoro os honorários advocatícios devidos pela autora em favor do advogado da ré para 11% sobre o valor dado à causa (art. 85, §11, do CPC), tendo em vista a apresentação de contrarrazões, observando-se que a apelante faz jus a benesse da justiça gratuita.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001119-

96.2022.8.26.0619, da Comarca de Taquaritinga, em que são apelantes ALINE PRISCILA NERY BERNARDI (JUSTIÇA GRATUITA) e I.A.B.L. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado BRASILPREV SEGUROS E PREVIDÊNCIA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Colhidos os votos do Relator sorteado e do 3º Juiz, que negavam provimento ao recurso, e da 2ª Juíza, que dava parcial provimento, foi estabelecida a divergência. Houve, nos termos do art. 942 do NCPC, a convocação de dois outros componentes da Câmara, Des. Marcos Gozzo e Des. João Baptista Galhardo Júnior, tendo o julgamento prosseguido, nos termos do §1º do referido dispositivo legal, com o seguinte resultado final: Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencida a 2º Juíza, que declarará voto." **(Voto nº 48.458)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LÚCIA PIZZOTTI (Presidente), MONTE SERRAT, MARCOS GOZZO e JOÃO BAPTISTA GALHARDO JÚNIOR.

São Paulo, 30 de janeiro de 2024.

CARLOS RUSSO, Relator

Ementa: PREVIDÊNCIA PRIVADA. Óbito do segurado. Abordagem de herdeiros (companheira e filho), à busca da exibição do respectivo instrumento contratual, com pagamento da cobertura devida, ainda com disciplina por dano moral. Juízo de improcedência. Recurso dos autores. Desprovimento.

VOTO

RELATÓRIO

Demanda para compor direitos em plano de previdência privada (abordagem de herdeiros, à busca de exibição da respectiva apólice, ainda ensejando-lhes o pagamento de cobertura por morte, somando-se disciplina por dano moral), sentença de improcedência (fls. 275/279), apelo dos autores, batendo-se pela inversão de resultado.

Resposta recursal, a fls. 294/301.

Nesta instância, manifestaram-se as partes, a fls. 330/347.

FUNDAMENTAÇÃO

Tratando-se de Plano de Previdência Privada, contratado em 1.999 (fls. 17/40), ao proponente nada impedia indicar beneficiários, sobretudo à consideração de cobertura por morte, e assim o fez, com a designação de genitora e irmãos, como beneficiários (fl. 199), circunstância autorizada na forma do artigo 792, do Código Civil.

Acesso ao Sumário

Releva observar que as posições dos autores, aqui apelantes (companheira e respectivo filho) são supervenientes, a partir de união estável mantida entre a autora e o participante/segurado, segundo consta, desde 2.012 (fls. 11/13).

E, já nesse contexto, verificando-se que o participante/segurado manteve limites subjetivos de primitiva contratação, com o respectivo óbito, havia que suprir direitos de beneficiários, por ele nomeados (genitora e irmãos).

A propósito, correta apreensão da ilustre magistrada da causa:

"***Na hipótese, foi devidamente demonstrado que Sr. Fabrício Rosalem Longhitano firmou com a requerida contrato de Plano de Previdência Renda Garantida - matrícula nº 0001222317, conforme exibição de documentos às págs. 93/174. O negócio jurídico entabulado foi realizado no ano de 1999, em agência do Banco do Brasil, momento em que o contratante indicou as beneficiárias, conforme se observa em documento à pág. 199.***

No ano de 2018, quando do falecimento do participante, houve a comunicação do sinistro à entidade de previdência, tendo as beneficiárias indicadas enviado toda a documentação solicitada, não tendo a ré motivo para não realizar o pagamento (cf. documento à pág. 200).

Assim, analisando o contrato firmado, não se verifica descumprimento contratual por parte da requerida. Mesmo que tenha deixado companheira e filho, o fato é que o proponente não alterou em vida o contrato firmado com a requerida, que deveria mesmo realizar o pagamento para os beneficiários indicados, conforme assim o fez" (fl. 277).

Ainda, nesse sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"***AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. BENEFICIÁRIO DETERMINADO PELO PRÓPRIO CONTRATO. PAGAMENTO INTEGRAL A ESTE. INVIÁVEL REVER AS PROVAS E ANALISAR O CONTRATO. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.***

1. A regra do 792 do CC prevê o pagamento de metade do capital ao cônjuge e a outra metade aos herdeiros do segurado quando este não indicar o beneficiário. Todavia, o Tribunal a quo, soberano na análise das provas e das cláusulas contratuais, consignou não ser aplicável a referida regra ao caso em apreço, porquanto o contrato prevê expressamente quem será o beneficiário quando da morte do segurado, que, na hipótese, é a autora da presente demanda. Inviável modificar tais conclusões sem incorrer nos óbices das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

2. Agravo interno desprovido (AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 951.922 - SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze; j. em 25/10/2.016).

Respeitosamente, tais os contornos, há que confirmar desfecho de improcedência da demanda.

Acesso ao Sumário

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 41179)

Vistos.

Respeitosamente, **divirjo** do voto do i. Des. Relator, que **negou provimento** ao recurso interposto pelos autores, a fim de **dar parcial provimento** ao recurso, reformando a r. Sentença para julgar **parcialmente procedentes** os pedidos iniciais.

O cerne da discussão consiste em definir qual a natureza jurídica dos aportes financeiros realizados durante o período de contribuição do plano de previdência complementar. O i. Des. Relator, em sua percuciente análise, concluiu que os valores assumem feição securitária, de modo que o pagamento das reservas após o falecimento do contribuinte do plano **deve seguir a regra disposta nos contratos de seguro:** prepondera o critério da *indicação dos beneficiários* (CC, art. 792).

Entendo diferente, neste caso, para utilizar uma posição que vem sendo adotada pelo C. Superior Tribunal de Justiça. Em leitura precisa e inovadora, a previdência complementar aberta, antes da conversão em prestações periódicas (ou seja, antes da aposentadoria), ostenta **natureza de investimento financeiro**, de modo que seguiria as **regras ordinárias de sucessão**, não se lhe aplicando as regras subsidiárias de seguro de vida. O plano de previdência aberta possui dois momentos, cuja faceta jurídica varia entre eles: **(i)** durante o período da contribuição, o plano assume feição de investimento (seria equivalente a uma poupança feita pelo próprio contribuinte, hipótese em que indiscutivelmente se aplicaria o regime sucessório), **(ii)** após a aposentadoria, o plano assume feição previdenciária, regrando-se de maneira distinta aos meros investimentos financeiros.

Essa compreensão a respeito do fenômeno sob exame é compartilhada pelas duas turmas da 2ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSOS ESPECIAIS. PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR. VGBL. ENTIDADE ABERTA. NATUREZA JURÍDICA MULTIFACETADA. SEGURO PREVIDENCIÁRIO. REGRA. INVESTIMENTO OU APLICAÇÃO FINANCEIRA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. COLAÇÃO DE VALOR AO INVENTÁRIO. HERANÇA. (...) 3. **No período que antecede a percepção dos valores, ou seja, durante as contribuições e formação do patrimônio, com múltiplas possibilidades de depósitos, de aportes diferenciados e de retiradas, inclusive antecipadas, em casos excepcionais, pode ficar caracteriza-**

Acesso ao Sumário

da situação de investimento, equiparando-se o VGBL a aplicações financeiras (Terceira Turma, REsp n. 1.726.577/SP). 4. **Na hipótese excepcional em que ficar evidenciada a condição de investimento, os bens integram o patrimônio do de cujus e devem ser trazidos à colação no inventário, como herança, devendo ainda ser objeto da partilha, desde que antes da conversão em renda e pensionamento do titular**. 5. Circunstâncias como idade e condição de saúde do titular de VGBL e uso de valores decorrentes de venda do único imóvel do casal evidenciam a excepcionalidade da situação e indicam a condição de investimento. 6. Recursos especiais conhecidos e desprovidos. (REsp n. 2.004.210/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 2/5/2023.)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO DE INVENTÁRIO E PARTILHA. COMORIÊNCIA ENTRE CÔNJUGES E DESCENDENTES. COLAÇÃO AO INVENTÁRIO DE VALOR EM PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA ABERTA. NECESSIDADE. REGIME MARCADO PELA LIBERDADE DO INVESTIDOR. CONTRIBUIÇÃO, DEPÓSITOS, APORTES E RESGATES FLEXÍVEIS. NATUREZA JURÍDICA MULTIFACETADA. SEGURO PREVIDENCIÁRIO. INVESTIMENTO OU APLICAÇÃO FINANCEIRA. DESSEMELHANÇAS ENTRE OS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA E FECHADA, ESTE ÚLTIMO INSUSCETÍVEL DE PARTILHA. NATUREZA SECURITÁRIA E PREVIDENCIÁRIA DOS PLANOS PRIVADOS ABERTOS VERIFICADA APÓS O RECEBIMENTO DOS VALORES ACUMULADOS, FUTURAMENTE E EM PRESTAÇÕES, COMO COMPLEMENTAÇÃO DE RENDA. NATUREZA JURÍDICA DE INVESTIMENTO E APLICAÇÃO FINANCEIRA ANTES DA CONVERSÃO EM RENDA E PENSIONAMENTO AO TITULAR. BEM PERTENCENTE À MEAÇÃO DA CÔNJUGE IGUALMENTE FALECIDA QUE DEVE SER OBJETO DE PARTILHA COM SEUS HERDEIROS ASCENDENTES. (...) **4- Considerando que os planos de previdência privada aberta, de que são exemplos o VGBL e o PGBL, não apresentam os mesmos entraves de natureza financeira e atuarial que são verificados nos planos de previdência fechada, a eles não se aplicam os óbices à partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal ou da sucessão, apontados em precedente da 3ª Turma desta Corte (REsp 1.477.937/MG).** (...) 6- **Todavia, no período que antecede a percepção dos valores, ou seja, durante as contribuições e formação do patrimônio, com múltiplas possibilidades de depósitos, de aportes diferenciados e de retiradas, inclusive antecipadas, a natureza preponderante do contrato de pre-**

Acesso ao Sumário

> **vidência complementar aberta é de investimento, razão pela qual o valor existente em plano de previdência complementar aberta, antes de sua conversão em renda e pensionamento ao titular, possui natureza de aplicação e investimento, devendo ser objeto de partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal ou da sucessão por não estar abrangido pela regra do art. 1.659, VII, do CC/2002.** 7- Na hipótese, tendo havido a comoriência entre o autor da herança, sua cônjuge e os descendentes, não havendo que se falar, pois, em sucessão entre eles, devem ser chamados à sucessão os seus respectivos herdeiros ascendentes, razão pela qual, sendo induvidosa a conclusão de que o valor existente em previdência complementar privada aberta de titularidade do autor da herança compunha a meação da cônjuge igualmente falecida, a colação do respectivo valor ao inventário é indispensável. 8- Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp n. 1.726.577/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 1/10/2021.)

De fato, os valores que foram aportados pelo falecido durante o período de contribuição/acumulação devem receber tratamento equivalente a um investimento financeiro genérico, sem peculiaridades que o desnaturem ou atraiam sistemática particular. A previdência complementar só assume sua feição estritamente previdenciária após a deflagração do período de gozo. Até lá, não difere de uma poupança particular construída paulatinamente por um indivíduo.

Dito isso, não deve prevalecer a ordem de beneficiários eleita pelo falecido à época da contratação, mas, sim, as regras de partilha e de sucessão de bens. Antes, porém, um exame da legitimidade dos autores na condição, respectivamente, de companheira e descendente do falecido.

Quanto ao filho, sem discussão, pois há certidão de nascimento com assunção de paternidade e, do lado defensivo, não houve impugnação. Quanto à companheira, também não houve impugnação específica, uma vez que há escritura pública de união estável e, no caso, não há notícia de que o falecido mantinha vínculo conjugal com outra pessoa. Os beneficiários, a título de curiosidade, foram **(i)** mãe do falecido e **(ii)** irmãos. E, de todo modo, se houvesse cônjuge supérstite, este, teoricamente, deixou de deter a qualidade de herdeiro a partir da separação de fato, segundo interpretação predominante na doutrina e na jurisprudência a respeito do art. 1.830 do Código Civil (a questão é diferente daquela resolvida pelo C. Supremo Tribunal Federal quanto à bigamia e à pensão por morte, pois naquela ocasião não havia separação de fato, pressuposto para distinguir o mero e reprovável concubinato da união estável).

Verificado, pois, que ambos possuem legitimidade com relação ao crédito em discussão, examino detidamente a fração de cada um. A união estável era regida pelo regime de comunhão parcial de bens (fls. 11/12), de modo que os bens particulares (aqueles excluídos da meação) são passíveis de sucessão pela

Acesso ao Sumário

viúva em concorrência com o descendente, conforme art. 1.829, I, do Código Civil, aplicável à união estável em questão por força do Tema de Repercussão Geral n. 809 do C. Supremo Tribunal Federal. No caso, **os ativos financeiros não são considerados bens particulares**, consoante os precedentes citados anteriormente, que afastam a incidência do art. 1.659, VII, do Código Civil. Em razão disso, **a autora Aline faz jus à meação do capital acumulado**, por força da dissolução do vínculo conjugal (CC, art. 1.571, I).

O descendente, único conhecido (fls. 15), sucede integralmente o valor remanescente (cinquenta por cento do capital acumulado), conforme disposto no art. 1.829, I, do Código Civil.

Em resumo, a autora Aline faz jus à metade do capital acumulado, e o autor I. à outra metade. O montante foi estimado em **sessenta e um mil seiscentos e quarenta reais e quarenta centavos**, conforme comprovantes de pagamentos feitos às beneficiárias (fls. 200/201). Esse valor deve ser corrigido monetariamente pela Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça desde o pagamento indevido (**11.1.2019**) e acrescido de juros moratórios de um por cento ao mês desde a citação (mora *ex persona*).

Quanto à indenização por danos morais, não a vislumbro. A questão envolvendo previdência complementar aberta e sua natureza jurídica é tormentosa e até hoje divide a jurisprudência. O pavimento para uma pacificação só veio a lume recentemente, a partir de julgados do C. Superior Tribunal de Justiça **posteriores ao pagamento narrado nestes autos**. Assim sendo, não é possível identificar uma conduta lesiva por parte da ré, que agiu dentro de uma hipótese até então aceita pela jurisprudência.

Por fim, as verbas sucumbenciais deverão recair sobre a ré, seja pela sucumbência majoritária, visto que, economicamente, sofreu derrota na maior parte da demanda, seja pela causalidade, pois o conflito judicial seria completamente evitado se a ré procedesse ao pagamento correto depois de alertada administrativamente pelos autores.

Diante do exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, a fim de reformar a r. Sentença e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos iniciais, condenando a ré ao pagamento de trinta mil oitocentos e vinte reais e setenta centavos a cada um dos autores, montante que deverá ser corrigido monetariamente pela Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça desde 11.1.2019 e acrescido de juros moratórios de um por cento ao mês desde a citação. Inverto o ônus sucumbencial, condenando a ré ao pagamento integral das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em vinte por cento do valor atualizado da condenação.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Desembargadora

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1051417-97.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA., é apelado/apelante DENI MASTRODOMENICO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentaram oralmente os Doutores Jéssica Tolotti Canhisares, OAB/SP 401.294 e Leandro Araripe Fragoso Bauch, OAB/SP 286.619.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.068)**

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

São Paulo, 30 de janeiro de 2024.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: DIREITO AUTORAL - Indenização por danos morais - Ré Google que inseriu as músicas do requerente em sua plataforma de streaming Youtube Music sem creditar a autoria da composição a ele - Sentença de parcial procedência para o fim de determinar à ré a divulgação do nome do autor, bem como para condená-la ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 - Pleito de que sejam mantidas as músicas na plataforma afastado - Inconformismo das duas partes - Responsabilidade da ré pela divulgação da obra sem creditar a autoria ao requerente reconhecida - Artigos 22, 24, inc. I e 108, da Lei nº 9.610/1998 - Dano moral caracterizado - Quantum debeatur adequadamente fixado em R$ 15.000,00, considerando as peculiaridades do caso e quantidade de músicas divulgadas (5 músicas) - Termo inicial dos juros de mora contado do evento danoso, posto que se trata de relação extracontratual (Súmula 54 do C. STJ) - Impossibilidade de imposição à ré de manutenção das músicas na plataforma por ausência de amparo legal ou contratual, tendo sido a prática do ilícito dirimida pela via indenizatória - Divulgação do nome do autor como compositor das músicas descritas na inicial que, todavia, se impõe enquanto permaneçam na plataforma - Recursos des-

Acesso ao Sumário

providos.

VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 298/301, acrescento que a sentença julgou procedente em parte ação de indenização proposta por Deni Mastrodomenico contra Google Brasil Internet Ltda., para o fim de determinar que a ré divulgue o nome do autor como compositor das músicas descritas na inicial, bem como para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), acrescido de correção monetária, fixada pela tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, desde este arbitramento e com juros de mora de um por cento ao mês, a partir do evento danoso, afastado o pedido de obrigação de não fazer para que a ré não retire os fonogramas de sua base de acesso ou dificulte o acesso a eles. Em face da sucumbência mínima da parte autora, deverá a ré arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformadas, recorrem as duas partes.

A ré sustentando não há qualquer ilegalidade na conduta da empresa. Alega que o YouTube Music é uma aplicação de internet, nos termos do art. 5º, VII do Marco Civil da Internet ("MCI"), que hospeda conteúdo musical disponibilizado por terceiros, editoras, produtoras, gravadoras, distribuidoras, agregadoras digitais e outros provedores de conteúdo de música ("empresas de música"), com acesso gratuito, com opção de contratação de assinatura mensal para acesso Premium, e que a Google garante a manutenção do ambiente virtual do YouTube Music, e toda a infraestrutura necessária para que os usuários possam pesquisar conteúdo musical em uma biblioteca extensa, mantendo sistema de gestão e proteção de direitos autorais, inclusive com ferramenta de denúncia por qualquer interessado. Diz que, no entanto, a responsabilidade pela indicação de créditos autorais no Youtube Music é das empresas que disponibilizam as obras musicais na plataforma, na forma do art. 80, I da LDA c/c art. 19 do MCI, e que a responsabilidade por eventual retificação dos créditos autorais é da produtora ou agregadora digital que disponibilizou o conteúdo no YouTube Music, conforme inclusive vem sendo reiteradamente entendido pela jurisprudência. Esclarece que atua em parceria com o ECAD, de modo que os compositores e editores das músicas executadas na plataforma têm garantido seu direito de autor e são remunerados pela execução pública de suas criações artísticas no YouTube. Destaca que o Youtube Music, enquanto provedor de aplicação, cumpre com suas obrigações de remuneração pela execução de músicas, nos termos da parceria celebrada com o ECAD, o que inclui o pagamento de direitos autorais pela reprodução de eventuais fonogramas. Argumenta que o regime de responsabilidade aplicável ao YouTube Music é o do art. 19 do MCI, que prevê que a responsabilidade dos provedores de aplicação por conteúdo de terceiros

Acesso ao Sumário

é limitada à hipótese de descumprimento de ordem judicial específica de remoção, com a indicação precisa da respectiva URL- entendimento sedimentado pelo STJ em infindáveis precedentes. Sustenta que obrigar a Google a inserir créditos autorais em conteúdo disponibilizado por terceiros no YouTube Music é incompatível e desproporcional em relação ao regime legal aplicável. Discorre sobre a inexistência dos requisitos para a caracterização da sua responsabilidade civil e ausência de dano a ser indenizado. Dessa forma, requer a reforma da r. sentença (fls. 322/346).

O autor, por sua vez, alega que a plataforma de *streaming* YouTube Music não permite, diferentemente das concorrentes, que o usuário acesse as fichas técnicas dos álbuns que disponibiliza aos consumidores. Assevera que a ata notarial comprova a ausência total dos créditos das músicas. Alega que a exclusão das músicas inviabiliza a reparação do ilícito, colocando em risco o resultado útil do processo. Destaca que, além da indenização pela não indicação dos créditos, postulou que a ré se abstivesse de retirar as obras indicadas na inicial de sua base de acesso ou formar qualquer medida que dificulte ou impeça os usuários da plataforma de acessá-las. Argumenta que a retirada arbitrária das músicas configura intimidação aos compositores que ingressam em Juízo e não condiz com a finalidade da LDA, mas sim abuso de direito. Defende seja imposta a ré a obrigação de não fazer que para que seja mantida a música na plataforma, pois caso contrário fica inviabilizado o cumprimento da sentença no sentido de divulgar o nome do compositor. Alega que nos pedidos arrolados na inicial, o Autor apontou a data de estreia do serviço YouTube Music, no Brasil, como a data de ocorrência do evento danoso (25/09/2018). Contudo, o juízo a quo, equivocadamente, estabeleceu a data de emissão da ata notarial, apresentada como prova pelo autor como a data de ocorrência do evento danoso, o que deve ser reformado, fixando a data de início dos juros de mora em 25/09/2018. Argumenta que é devida a majoração do *quantum* indenizatório para a quantia de R$ 60.000,00 (fls. 350/359).

Recursos regularmente processados, com oferecimento de contrarrazões às fls. 366/390 e 392/405.

2. Não comportam acolhida os reclamos.

Alega o autor que é compositor de cinco obras musicais que foram disponibilizadas ao público pela ré sem a devida menção à autoria. Argumenta que está configurada a violação ao direito de paternidade das suas obras intelectuais previsto na Lei Federal nº 9.610/1998. Requereu, assim, que a ré seja impedida de retirar as músicas elencadas nesta inicial de sua base de acesso ou de impedir ou dificultar o acesso aos fonogramas pelos usuários, além de indenização por danos morais no valor de R$ 60.000,00.

A r. sentença julgou procedente em parte a demanda para o fim de determinar à ré que divulgue o nome do autor como compositor das músicas descritas

Acesso ao Sumário

na inicial, bem como arque com o pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00, com correção desde o arbitramento e juros de mora desde a data da ata notarial de fls. 38/40 (19/05/2022), ou seja, desde quando comprovada a disponibilização das músicas objeto da ação, entendendo-se que não houve demonstração de que tais músicas teriam sido disponibilizadas desde a estreia do serviço. Além disso, a r. sentença afastou o pedido referente à obrigação de não fazer no sentido de impedir a ré de excluir as músicas da plataforma digital, por ausência de determinação legal ou contratual para tanto.

Insurgem-se as duas partes nesta oportunidade.

Da análise dos autos, verifica-se que não houve indicação precisa da autoria das obras disponibilizadas e utilizadas pela ré em sua plataforma no desenvolvimento de sua atividade lucrativa, o que é suficiente para revelar violação aos direitos do autor, conforme o dispõe o artigo 24, inciso II, da Lei nº 9.610/98, o qual estabelece ser direito moral do criador ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra.

Além disso, nos termos do artigo 22 da Lei nº 9.610/1998, "*pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou*" . O art. 22 da mesma legislação prevê que está entre os direitos morais do autor "*reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra*".

Também o art. 108 da Lei de Direito Autoral esclarece que "*quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar lhes a identidade da seguinte forma*".

Logo, é irrelevante para a solução do litígio o fato de a ré não ser a editora ou produtora da música, ou então de que é empresa licenciada que adquiriu os metadados diretamente da licenciante, pois também cabe a ela, no exercício de sua atividade lucrativa, zelar pelo cumprimento das normas protetivas do direito do autor.

Observa-se, assim, que a exploração da divulgação das músicas é atividade lucrativa da ré e bem por isso a sua responsabilidade se evidencia pelo artigo 108 da Lei nº 9.610/1998.

Nesse sentido, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça destaca reiteradamente a responsabilidade das plataformas de *streaming* musical (tais como Youtube Music, Spotify, Amazon Music e Deezer) pelas violações ao direito autoral do compositor da obra: "*DIREITO DE AUTOR - Nulidade - Inexistência - Plataforma de Streaming de áudio - DEEZER - Disponibilização de obras musicais sem a devida imputação da autoria - Caracterização do dano moral - A paternidade da obra se insere nos direitos de personalidade e não naqueles que representam somente aspectos pessoais decorrentes da criação - A obra goza de proteção independentemente de registro - Reconhecimento pela ré da*

disponibilização das obras em sua plataforma, com posterior retificação, com a inclusão do nome do autor nos metadados e retirada de parte das obras da plataforma - Ao disponibilizar o serviço de streaming de obras musicais, não lhe aproveita a alegação de que "a violação ao direito do autor é responsabilidade de terceiros", como o produtor fonográfico (art. 80, Lei 9.610/98), por lhe competir igualmente zelar pela observância das normas protetivas dos direitos do autor e dos direitos conexos ao do autor, e nem o fato de não remunerar diretamente os autores das obras ou por oferecer algumas assinaturas gratuitas a usuários, normalmente com inserção de publicidade no curso do acesso, havendo assim proveito econômico - Caracteriza-se o dano moral pela mera disponibilização da obra sem a devida atribuição da autoria - Dever de indenizar - Recurso provido." (Apelação nº 1128100-78.2022.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alcides Leopoldo, j. 23/11/2023).

Também: "*APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO AUTORAL. DISPONIBILIZAÇÃO, EM PLATAFORMA DE "STREAMING". DE MÚSICAS SEM A IDENTIFICAÇÃODA COMPOSITORA. LEGITIMIDADE PASSIVA. CONFIGURADA. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 22, 24 E 108 DA LEI N° 9.610/1998. OFENSA A DIREITO MORAL DA AUTORA. VALOR PLEITEADO EXAGERADO. MANUTENÇÃODO "QUANTUM" FIXADO NA SENTENÇA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DAPROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DO ATODANOSO. NECESSIDADE DE VINCULAÇÃO DA OBRAAO NOME DA AUTORA, SOB PENA DE MULTA PORDESCUMPRIMENTO. RECURSO DA AUTORAPARCIALMENTE PROVIDO E DA RÉ NÃO PROVIDO. 1. Possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda a pessoa jurídica que aufere benefício econômico ao disponibilizar obras em sua plataforma, obrigando-se nos termos da Lei nº 9.610/98. 2. Havendo a reprodução, sem os devidos créditos, de obras musicais, a compositora autora faz jus ao recebimento de indenização por danos morais. 3. O valor arbitrado a título de indenização por danos extrapatrimoniais deve observar aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 4. Tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros de mora fluem a partir do evento danoso. Inteligência da Súmula 54 do C. STJ. 5. A parte requerida deve vincular o nome da compositora nas obras indicadas no prazo estabelecido, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se a multa diária*" (Apelação nº 1009255-87.2022.8.26.0100; 6ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Marcus Vinicius Rios Gonçalves; j. em 30/03/2023).

Bem como: "*APELAÇÃO - DIREITOS AUTORAIS - DANOS MORAIS - DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS EM STREAMING SEM A DEVIDA IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIAQUE CONDENOU A RÉ NO PAGAMENTO DE R$10.000,00 A TÍTULO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - INCONFORMISMO DAS PARTES - RESPONSABILIDADE - Disponibilização de serviço de streaming que não isenta a plataforma de música de informar a autoria da obra musical - Direito autoral que deve ser respeitado por todos aqueles que fazem uso da obra artística - Art. 24 da Lei nº 9.610/1998 - Precedentes - DANOS MORAIS - Valor que se mostra*

Acesso ao Sumário

razoável e dentro dos parâmetros desta Corte - Precedentes - JUROS - Termo inicial dos juros que deve ser dar a partir do evento danoso - Súmula 54 do STJ - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Valor aumentado para 20% a título de honorários recursais - Sentença parcialmente reformada - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ" (Apelação nº 1005833-10.2022.8.26.0002, 8ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Alexandre Coelho; j. em 20/03/2022)

E, ainda: "*APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO AUTORAL - Ação de indenização por danos morais - Sentença de improcedência - reforma que se impõe - Pleito movido por compositor de obras musicais contra a plataforma de streaming (Deezer), a qual inseriu suas obras musicais sem a correta identificação de autoria - Provas dos autos são suficientes para atribuir a autoria das obras ao autor e responsabilidade à ré, a qual imputa responsabilidade a terceiros, na tentativa de se eximir dos possíveis danos decorrentes de sua atividade - Dano moral presumível - Fixação do montante de acordo com as particularidades do caso, em R$ 10.000,00, sendo exagerado o valor pleiteado pelo autor - Sentença reformada - Recurso provido*" (Apelação nº 1002649-77.2021.8.26.0100, 2ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves; j. em 12/07/2022).

Demonstrada, assim, a violação dos direitos autorais, deve responder a ré por danos morais, configurados *in re ipsa*, especialmente quando a obra é utilizada com fins econômicos, de acordo com interpretação analógica da Súmula 403 do C. STJ.

No que toca à quantificação dos danos morais, importa lembrar a lição sempre atual de Yussef Said Cahali, para quem: "*A sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente dita, que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia em dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo em que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa* " (Dano e Indenização, RT 1980, p. 26).

Sendo o dano moral diverso daquele considerado material, sua apreciação e valoração pecuniária tangem questões pessoais de difícil mensuração, de modo que o prudente discernimento do julgador para fixar o respectivo montante indica não só a maior amplitude de sua responsabilidade, como também exige atenção ímpar, a fim de que seja feita a devida justiça, de modo a não onerar o agente de modo excessivo, tampouco descaracterizar o instituto compensatório da indenização.

Nessas condições, ao fixar o valor da indenização, deve o julgador atentar para as circunstâncias da causa, a quantidade de cinco músicas divulgadas, o grau de culpa do causador, as consequências do ato, as condições econômicas

Acesso ao Sumário

e financeiras das partes, de forma a não permitir que o valor deferido premie imoderadamente o ofendido, mas também não seja tão ínfimo que estimule seu causador a não cessar seu proceder incorreto.

Atento a essas diretrizes e as peculiaridades do caso concreto, tenho que a valoração dos danos foi bem calculada, dado o grau de culpa do infrator e da intensidade da lesão injusta suportada pelo demandante, daí porque, descabido o seu pleito do autor de majoração, posto que o montante arbitrado em R$ 15.000,00 está apto a recompensar *quantum satis* do dano sofrido, não se convertendo em enriquecimento sem causa. Importante ter sempre em mente que valor da indenização, consoante precedente do Superior Tribunal de Justiça, "*não pode contrariar o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado ou irrisório*" (RT 814/167).

Por sua vez, o termo inicial dos juros de mora da indenização arbitrada deve ser a data do evento danoso, conforme constou na sentença, uma vez que relação jurídica entre as partes destes autos é extracontratual (Súmula 54 do Colendo Superior Tribunal de Justiça). Neste aspecto, cumpre mencionar que se entende correta a determinação de que sua incidência se dê a partir da data da ata notarial, quando comprovada a disponibilização das obras na plataforma, não tendo vindo aos autos a demonstração de que foram disponibilizadas já na estreia do serviço como arguido na inicial.

Quanto ao pedido de que a ré seja impedida de remover as obras da plataforma, por certo, não há amparo legal ou contratual que permita lhe impor a manutenção das obras, como pretende o autor. Ademais, a ilegalidade reconhecida pela não divulgação dos créditos foi dirimida pela via indenizatória, observando-se que a ordem judicial de divulgação o nome do autor como compositor das músicas descritas na inicial se impõe enquanto mantidas na plataforma, em consonância com a norma de proteção dos direitos autorais.

Nessas condições, outra não poderia ser a solução adotada pelo MM. Juízo, que não a adotada no presente caso.

Sendo assim, deve ser mantida a r. sentença, por ter dado correta solução à lide.

Ainda, para os fins do artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil, imponho aos apelantes o pagamento de honorários advocatícios ao patrono da parte adversa em mais 5% do valor da condenação, no tocante à ré e igual percentual em desproveito do autor, este incidente sobre metade do valor da causa.

3. Ante o exposto, meu voto nega provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013363-

Acesso ao Sumário

31.2018.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante CLAUDIA LUCIA MENNITI SILVEIRA PIMENTA LARAIA, é apelado CONDOMÍNIO CLUBE MORADIA JARDIM DO CEDRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª 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 26.247)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NETO BARBOSA FERREIRA (Presidente) e MÁRIO DACCACHE.

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Condomínio. Despesas comuns. Cobrança. Sentença de procedência. Insurgência da ré quanto à natureza jurídica do autor, indicando não haver condomínio efetivamente, mas mero loteamento fechado. Pertinência. Registro existente junto à matrícula do terreno que é de um loteamento, não de um condomínio. Inexistência, ademais, de conformação fática apta à constituição de condomínio, nos moldes da Lei nº 4.591/64 e do Código Civil. Mera propriedade isolada de lotes por parte dos adquirentes, sem a existência de áreas propriamente comuns ou sequer a possibilidade de cogitação de frações ideais em relação a uma área total. Vias de circulação de natureza pública, não privada. Inexistência de figura equiparável ao condomínio de lotes do art. 1.358-A do Código Civil. Celebração de "convenção de condomínio", por parte de alguns titulares, que não tem eficácia para transmudar a realidade e fazer surgir condomínio horizontal em cenário incompatível com essa figura jurídica. Descabimento, em vista disso, da cobrança de encargos a título de rateio de despesas condominiais, tendo por fundamento única e exclusivamente a titularidade do lote e a regra do art. 1.336, I, do Código Civil. Pretensão de arrecadação de valores para despesas de interesse coletivo, outrossim, que não se exclui, mas que demanda fundamentação fática e jurídica específica, sob prisma associativo (ou outro). Demanda improcedente, nos limites em que proposta. Apelação da ré provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

A r. sentença de fls. 139/141 julgou procedente demanda de cobrança de alegados encargos condominiais, dirigida por sedizente condomínio de lotes contra a proprietária de imóvel (lote de terreno edificado); entendeu o MM. Juiz, inicialmente, pela ilegitimidade passiva do corréu Antônio Luiz, considerando ser a ré Claudia única proprietária da unidade, além de viger entre ambos regime matrimonial de separação de bens, pelo que proferiu, quanto a ele, sentença terminativa sem resolução de mérito. Por outro lado, no tocante à corré, afastou preliminar de falta de personalidade jurídica por parte do condomínio e, no mérito, julgou pertinente a cobrança, tendo por devidamente constituído o ente condominial, mercê do regular registro da convenção de condomínio junto à matrícula imobiliária, com estipulação de áreas comuns e privativas, na forma do art. 1.331 do Código Civil, além de eleição de síndico, como preconizado pelo art. 1.347 do mesmo diploma legal. Afastou ainda a existência de ilegalidade quanto ao registro da convenção e, tendo por vinculante a arrecadação para os proprietários de imóveis no local, condenou a ré Claudia ao pagamento das prestações vencidas, da ordem de R$ 3.802,74 (três mil, oitocentos e dois reais e setenta e quatro centavos), com correção monetária desde o ajuizamento da demanda e acréscimo de juros de mora contados da citação.

Apela tão somente a ré (fls. 186/198), arguindo, inicialmente, a nulidade da r. sentença, por falta de fundamentação, sustentando ter o

MM. Juiz deixado de se manifestar sobre todos os argumentos apresentados, inclusive sobre os julgados sob o regime de repetitivos proferidos pelo C. STJ, segundo ela declarando ilegal a cobrança de taxa condominial e sobre o julgado proferido pelo C. STF declarando inconstitucional a cobrança, por associação, de taxa de manutenção de loteamento quanto a proprietário não associado. No mérito, insiste não ser o autor condomínio, mas sim um loteamento fechado, de modo que, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal em caráter de repercussão geral, não estaria ela, apelante, obrigada ao pagamento de taxa de manutenção e conservação, por não ter aderido ao ato constitutivo da entidade. Bate-se, assim, pelo acatamento da preliminar arguida, com a cassação do julgado, ou, quando não, pela reforma da r. sentença, com o decreto de improcedência da demanda.

O recurso, que é tempestivo, foi devidamente processado, manifestando-se o apelado em contrarrazões no prazo legal (fls. 203/212); pela decisão de fl. 238, já em Segundo Grau, foi determinada a complementação do preparo pela apelante, providência observada conforme fls. 240/242.

É o relatório.

Prospera o inconformismo.

Acesso ao Sumário

Não, todavia, quanto ao vício processual apontado, estando a r. sentença suficientemente fundamentada e reconhecendo a natureza condominial do ente arrecadador, o que se afigura suficiente, no plano lógico, para afastar a incidência dos precedentes invocados pela ré, aqui apelante, voltados a enquadramento jurídico diverso.

No plano substancial, contudo, assiste razão à recorrente.

O autor se apresenta como um condomínio regularmente constituído, mas não ostenta, contudo, essa natureza, em termos fáticos ou jurídicos. Com efeito, chegou a ser elaborada, por iniciativa de adquirentes de lotes (dentre os quais não figurava a ré, aqui apelante), uma assim denominada "convenção" condominial, em outubro de 1979, a qual, todavia, não chegou a ser registrada junto à matrícula do terreno em que desenvolvido o empreendimento, como seria de rigor, senão levada a um Livro de Registro Auxiliar, conforme se vê a fls. 100/109.

Quando não bastasse isso, veio a ser, pouco mais de dois anos depois, registrada, agora sim junto à matrícula imobiliária corresponde (nº 24.773 do 1º Cartório de Registro de Imóveis de São José do Rio Preto), a instituição de um loteamento no imóvel em questão, com área de 281.374,78 metros quadrados, devidamente aprovado pela Municipalidade local, registro esse não alterado até a presente data (v. fl. 112) e que determinou o parcelamento, em tais termos, da área.

Vale dizer, ainda que a convenção condominial tivesse sido regularmente registrada, teria ficado prejudicada ante o posterior registro do loteamento, que de resto corresponde, em termos reais, à situação fática verificada no local.

O fato é que, conforme incontroverso, as vias de circulação, no caso concreto, são públicas. Além do mais, inexistem áreas privativas de uso comum, tampouco especificação de quotas de participação dos pseudo "condôminos" no tocante ao imóvel como um todo.

São os proprietários dos lotes, enfim, titulares do domínio tão somente dos próprios imóveis, nada além disso. Não tem a área, em sua totalidade, caráter privado, com divisão interna de suas partes em áreas de propriedade exclusiva, convivendo com outras, de propriedade comum, de modo que se pode sequer falar na caracterização de um condomínio de lotes, à luz do art. 1.358-A do Código Civil.

E pouco importa a celebração da mencionada convenção, ou o fato de a entidade civil criada por parte dos adquirentes originais se autodenominar *condomínio*, ou conferir ao representante eleito para a gestão da área a denominação de *síndico*.

Negócio jurídico de tal natureza não tem, por evidente, o condão de modificar a realidade fática, tampouco o de criar, mercê de uma ficção derivada do simples desejo dos interessados, enquadramento jurídico capaz de superar o

Acesso ao Sumário

regramento legal disciplinador da matéria, o qual prevê determinados requisitos e especificidades para a qualificação jurídica da ocupação do solo.

Iniludivelmente, enfim, não existe, no caso concreto, um *condomínio* efetivo, nos moldes da Lei nº 4.591/64 e do Código Civil, senão, repita-se, um parcelamento do solo sob a forma de loteamento.

Mas, se assim é, inexiste vínculo imediato entre a ré e o autor capaz de determinar obrigação legal automática, por parte da primeira, de participação nas despesas comuns, tal qual previsto à luz do art. 1.336, I, do Código Civil.

É o quanto basta para o desacolhimento da pretensão inicial, visto ter sido esse, exclusivamente, o fundamento fático e jurídico utilizado, no caso, para a imputação à ré da obrigação de pagamento aventada na presente demanda.

Não se discute não ficar excluída, em tese, a possibilidade de exigência, no âmbito de loteamentos, da participação dos titulares de lotes, beneficiários da atuação de entidades no local, nas despesas geradas em proveito da coletividade, mas não se tem, aí, obrigação propriamente legal, como é a do condômino típico, senão outra, de natureza jurídica totalmente diversa, a demandar fundamentação específica, seja de cunho associativo, seja por razões jurídicas outras.

E, ocioso insistir, a petição inicial não trouxe fundamentação de tal natureza, limitando-se à enunciação da condição da ré de suposta condômina, por força da propriedade do lote em que edificado seu imóvel, de modo que não haveria como apreciar o pedido inicial sob perspectiva diversa dessa.

Imperioso, por tudo, o decreto de improcedência da demanda, com a ressalva da possibilidade de renovação da cobrança, sob enfoque jurídico distinto e adequado à natureza da relação jurídica entre as partes, caso o deseje o "condomínio" autor. Reforma-se, assim, a r. sentença para tal fim.

Tendo em vista o decaimento experimentado, arcará o autor com o pagamento da totalidade das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0006963-43.2013.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GYEONG NAM KAL, é apelado IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S.A.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 36492)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores ANDRA-

Acesso ao Sumário

DE NETO (Presidente sem voto), MARY GRÜN e CLAUDIA MENGE.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2024.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL - AÇÃO DE DESPEJO POR DENÚNCIA VAZIA - Pedido de indenização pelas benfeitorias formulado pela via reconvencional - Interpretação lógico sistemática da petição inicial (art. 322, § 2º, do CPC) - Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça - Previsão de incorporação ao imóvel dos acréscimos e/ou benfeitorias realizadas pelo locatário (art. 35 da Lei nº 8.245/91 e Súmula 335 do STJ) - Relativização do entendimento diante da excepcionalidade do caso concreto - Locatário que realizou vultoso investimento no imóvel locado a fim de explorar a atividade de comércio de combustíveis - Realização de ampla reforma no imóvel durante o período compreendido entre abril de 2011 a junho de 2013, sem qualquer interpelação por parte da locadora durante o período mencionado questionando eventual morosidade das obras - Retomada do imóvel pela locadora, sem conferir ao locatário a chance de explorar a atividade econômica prometida no local e sem qualquer ressarcimento financeiro, que configura flagrante abuso de direito (art. 187 do CC), sobretudo porque o imóvel não possuía condições de operar antes das obras realizadas, que incluíram a demolição das estruturas existentes e a construção de uma área de 414 m², uma área coberta de 225 m² e 1.000 m² de pista de abastecimento - Necessidade de reparos pontuais não afasta a possibilidade de ressarcimento dos valores despendidos pelo locatário - Indenização devida - Prova pericial produzida que apurou o valor das benfeitorias realizadas - Desnecessidade de liquidação por arbitramento em fase de cumprimento de sentença -RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **GYEONG NAM KAL** contra a r.

sentença de fls. 1.444/1.450 que, nos autos da ação de despejo por denúncia vazia promovida por **IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A**, julgou procedente o pedido, para decretar o despejo dos réus do imóvel situado na Rua Vergueiro, nº 6.689, Ipiranga/SP, tornando definitiva a liminar concedida anteriormente, e improcedente o pedido reconvencional formulado pelo locatário.

Em razão da sucumbência, os réus foram condenados, solidariamente, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários sucumbenciais arbitrados em 10% sobre o valor da causa (R$ 120.000,00), corrigido monetariamente pela Tabela Prática do TJSP a partir da propositura da ação e com incidência de juros moratórios de 1% ao mês contados do trânsito em julgado.

O réu-reconvinte Gyeong Nam Kal também foi condenado ao pagamento das custas processuais e dos honorários periciais arbitrados em R$ 9.260,00, além dos honorários sucumbenciais arbitrados em 10% sobre o valor atribuído à reconvenção (R$ 120.000,00), corrigido monetariamente pela Tabela Prática do TJSP a partir da propositura da ação e com incidência de juros moratórios de 1% ao mês contados do trânsito em julgado.

Irresignado, **apela o réu** (fls. 1.488/1.507), sustentando, em síntese, a adoção de premissa equivocada na r. sentença para negar o pedido de ressarcimento dos valores despendidos com a reforma do imóvel locado, vez que houve pedido expresso nesse sentido, ressalvando, ainda, a necessidade de interpretação lógico-sistemática da petição inicial da reconvenção, sendo possível extrair tal pretensão do teor da peça processual.

Aduz que realizou vultoso investimento financeiro para viabilizar a utilização do imóvel como posto de combustíveis e que o locador descumpriu a obrigação contratual assumida de fornecer as bombas necessárias para obtenção da autorização junto ao CONTRU, inviabilizando a exploração da atividade econômica no local, tendo denunciado o contrato em seguida, configurando verdadeiro abuso de direito. Assevera que o relatório de engenharia apresentado pelo locador é unilateral e que não lhe foi conferida a possibilidade de concluir eventuais obras pendentes, no valor de R$ 100.000,00, sendo inaplicável o entendimento firmado na Súmula 335 do STJ, pois jamais usufruiu das benfeitorias realizadas.

Afirma que assumiu um passivo de quase R$ 100.000,00 e realizou um investimento expressivo de mais de 1 milhão de reais, surpreendido com o encerramento imotivado do contrato de locação sem que lhe fosse assegurada a permanência no imóvel em tempo suficiente para recuperar os valores desembolsados, o que viola o disposto no art. 473, parágrafo único, do CC.

Por fim, aponta que o equilíbrio da relação contratual se dá com a concessão de 5 anos de exploração do posto de combustíveis ou com a indenização das benfeitorias realizadas, sob pena de enriquecimento sem causa do locador, acrescentando que tentou solucionar o impasse administrativamente com o au-

Acesso ao Sumário

tor durante anos, o que não foi possível diante da inviabilidade dos postos ofertados. Pugna pela reforma integral da r. sentença combatida, para que o réu seja condenado ao pagamento de indenização por perdas e danos equivalente a ocupação do imóvel por 5 (cinco) anos, a ser apurada em fase de liquidação ou, subsidiariamente, ao ressarcimento dos valores despendidos apurados na prova pericial.

Houve contrariedade ao apelo (fls. 1.514/1.532 e 1.543), em defesa do desate da controvérsia traduzido na sentença recorrida.

As partes manifestaram oposição à realização do julgamento virtual (fls. 1.555 e 1.557).

É o relatório, passo ao voto.

I -- Trata-se de ação de despejo por denúncia vazia promovida por **Ipiranga Produtos de Petróleo S/A** contra **Gyeong Nam Kal** e **Yung Mi Kang**, tendo por objeto o contrato de locação não residencial celebrado entre as partes em 11/08/2010 (fls. 34/40) e seu respectivo termo aditivo, datado de 06/08/2012 (fls. 41/42).

No caso, verifica-se que o imóvel situado na Rua Vergueiro, nº 6.689, Ipiranga/SP, foi locado com a finalidade de comercialização, com exclusividade, dos produtos da marca Ipiranga (cláusula 1.2 - fl. 35), celebrado o contrato por prazo indeterminado (cláusula 2.1 - fl. 36), com vigência a partir de agosto de 2010.

De acordo com a proposta comercial apresentada (fl. 91), o recorrente assumiu um passivo do antigo locatário, no valor de R$ 85.000,00 e se comprometeu a custear a reforma total do posto, incluindo a implantação de loja AM/PM e Jet Oil, pista e alvenaria de um futuro parceiro, enquanto o locador arcaria com: a) fornecimento de bombas + tanques + kit instalação + instalação dos equipamentos líquidos; b) fornecimento de nova imagem + instalação dos mesmos; c) remediação da CETESB; e d) financiamento dos equipamentos das franquias a serem instaladas (AM/PM e Jet Oil).

O locatário também assumiu a obrigação de constituir uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, no prazo de 120 dias contados da assinatura do contrato de locação, com a finalidade de comercializar e revender produtos combustíveis, bem como de regularizar seu cadastro junto aos órgãos competentes (cláusulas 6.1 e 6.2 - fl. 37).

Acesso ao Sumário

Há alegação de descumprimento contratual recíproco entre as partes, na medida em que o locatário afirmou que a locadora deixou de fornecer as bombas necessárias para obtenção da autorização junto ao CONTRU, enquanto a locadora apontou que tais equipamentos não poderiam ser instalados em razão de falta de estrutura elétrica adequada, dentre outros problemas na obra realizada pelo locatário, conforme relatório de engenharia apresentado (fls. 461/474).

Delineada brevemente a situação dos autos, a irresignação recursal é

parcialmente procedente.

II -- A controvérsia recursal consiste em verificar a existência de pedido de ressarcimento dos valores despendidos com a reforma do imóvel locado pelo locatário em sede de reconvenção.

Da leitura da petição inicial da reconvenção apresentada, extrai-se que o réu-reconvinte traçou um histórico da negociação mantida entre as partes e discriminou os valores despendidos com a reforma do imóvel, abordando a existência de lesão no caso concreto e formulando as seguintes pretensões com o escopo de recuperar o investimento realizado:

> "a) cassação da liminar concedida;
>
> b) a declaração da total procedência da presente Reconvenção, bem como o direito do Réu-Reconvinte, nos termos do Parágrafo Único, do artigo 473 do CC, a um aviso prévio de cinco anos, contados do início da atividade do posto, ou então, até o trânsito em julgado da decisão que julgar o despejo, ou conforme o entendimento do julgados, em qualquer hipótese, de modo a propiciar ao Recorrente a oportunidade de concluir seu empreendimento e dar início à sua operação, permitindo a recuperação dos vultosos investimentos que realizou;
>
> c) expõe que entende que os pleitos acima letras "b" e "c" - são cumulativos, pois um cuida da indenização pelas obras realizadas e o outro, permite adequada compensação pelo empreendimento do Réu na construção de um negócio, não apenas da obra, permitindo aviso justo;
>
> d) Todavia, é possível que ao se declarar a justa e prévia comunicação da rescisão se contemple os custos da empreitada (pedida na contestação). Nessa hipótese, sobrevirão os necessários ajustes ao arbitramento, evitando-se o "bis in idem", segundo o elevado critério do julgador;
>
> e) condenação da Autora-Reconvinda ao ônus do sucumbimento." (fl. 382)

Nada obstante o item "d" da reconvenção remeta ao pedido formulado em sede de contestação (item "e" - fl. 111), não se vislumbra diferença significativa entre eles, exceto pela discriminação do valor despendido com a realização das benfeitorias nas razões da defesa (fls. 106/109).

Tal circunstância, contudo, não afasta a possibilidade de análise do pedido de restituição do valor mencionado pela via reconvencional.

Afinal, o art. 322, § 2º, do CPC estabelece que a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé, sendo evidente pela narrativa exposta que o recorrente pretende ser ressarcido pela reforma realizada no imóvel, vez que sequer chegou a exercer qualquer atividade no local.

Na lição de **Luiz Guilherme Marinoni** e **Sérgio Cruz Arenhart**:

> "Havendo dúvida a respeito do alcance do pedido, deve o juiz interpretá-lo considerando o "conjunto da postulação" e de acordo com o

Acesso ao Sumário

"princípio da boa- fé" (art. 322, § 2.º). Vale dizer: deve-se interpretá-lo sem "formalismo excessivo", e considerando as declarações de vontade do autor que ressaem da sua manifestação na petição inicial - e, também, no restante dos atos praticados no curso do processo, já que a postulação não se resume, como parece ser evidente, à petição inicial, sendo formada também por todos os demais atos praticados pela parte ao longo do procedimento - como um todo.

Quando se afirma que a análise do pedido deve considerar o conjunto da postulação, é preciso considerar que a postulação não se confunde apenas com a petição inicial. Embora ali se apresente o núcleo mais fundamental da "postulação", é certo que essa postulação é desenhada ao longo de todo o processo." **(Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, Coord. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, RT, 2016, nota 3 ao art. 322)**.

Sobre o tema, **Luis Guilherme Aidar Bondioli** acrescenta que:

"Em boa hora, o legislador mudou a diretriz para a interpretação do pedido. Abandonou a ideia de *interpretação restritiva do pedido*, presente no art. 293 do CPC/1973. Agora prevalece a ideia de que o pedido seja interpretado de forma a lhe conferir *efetividade*, considerando a petição inicial no seu todo, mas sem a criação de surpresas ou armadilhas e com respeito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF), isto é, sem elastérios indevidos e prejudiciais ao exercício do direito de defesa. Consoante autorizada lição, deve-se extrair do pedido "tudo quanto nele se contém e só o que nele se contém" (José Joaquim Calmon de Passos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. III, p. 236).

O § 2.º do art. 322 do CPC/2015 importa para o texto da lei entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça: o pedido não deve ser extraído apenas do capítulo da petição especificamente reservado aos requerimentos, mas da interpretação lógico-sistemática das questões apresentadas pela parte ao longo da petição." (**Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Coord. Teresa de Arruda Alvim Wambier, RT, 2015, nota 3 ao art. 322**).

É esse o entendimento consolidado pelo **C. Superior Tribunal de Justiça:**

"Nos termos da jurisprudência desta Corte, a interpretação lógico-sistemática da petição inicial, com a extração daquilo que a parte efetivamente pretende obter com a demanda, não implica julgamento *extra* ou *ultra petita*." (**REsp. nº 1.711.492/AL, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 24/10/2023**)

"Consolidou-se na jurisprudência desta Corte Superior a orientação de que não ocorre julgamento *ultra petita* se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na exordial, pois o pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento da pretensão extraído da

Acesso ao Sumário

interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento *extra petita*." (**AgInt. no AgInt. no AREsp. nº 2.152.658/MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 25/09/2023**)

"Não há julgamento *extra petita* quando o julgador interpreta o pedido formulado na petição inicial de forma lógico-sistemática, levando em consideração todos os requerimentos feitos ao longo da peça inaugural." (**AgInt. no REsp. nº 1.954.875/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 28/08/2023**)

III -- Reconhecida a possibilidade de análise da pretensão ressarcitória, resta analisar o seu cabimento no caso concreto.

Em regra, pelo princípio do *pacta sunt servanda*, consoante autorizado pelo art. 35 da Lei 8.245/91, subsiste o quanto avençado entre as partes no contrato de locação quanto a incorporação das benfeitorias sem direito de retenção ou indenização ao locatário (cláusula 7.6 - fl. 39).

Nesse sentido dispõe a **Súmula 335 do STJ**: "*Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção*".

Contudo, a excepcionalidade do caso em apreço autoriza a relativização desse entendimento com fundamento na teoria do abuso do direito, conforme se verá a seguir.

É incontroverso que o locatário assumiu a obrigação de reformar a totalidade do imóvel e que o local permaneceu em obras durante o período compreendido entre abril de 2011 a junho de 2013, arcando o recorrente durante todo o período com o pagamento de um aluguel simbólico de R$ 500,00.

Nesse ponto, a prova pericial reconheceu que a obra poderia ter sido realizada em menor tempo (4 meses), evidenciando a existência de um atraso considerável durante a execução da obra por parte do locatário, tendo em vista a apuração de que nos últimos 5 anos foram construídos aproximadamente 1.500 postos com tempo médio de 60 a 90 dias (quesitos 2 e 3 da autora - fl. 911).

Apesar disso, não houve comprovação de qualquer interpelação por parte da locadora durante o período mencionado questionando eventual morosidade das obras, enquanto o relatório de engenharia apresentado somente foi elaborado em junho de 2013 (fls. 461/488), sem a participação do recorrente, não havendo razões para crer que ele deixaria de investir a quantia necessária para concluí-la, sobretudo diante do elevado valor já investido previamente.

Com relação aos valores, o expert estimou as benfeitorias realizadas pelo locatário em R$ 1.258.000,00 (setembro/2015) e o valor dos serviços que não foram realizados ou apresentaram anomalias em R$ 85.000,00 (setembro/2015)[1], confirmando tais valores nos sucessivos esclarecimentos prestados (fls. 1128/1132, 1171/1174 e 1426/1433), evidenciando, de fato, a realização de vultoso investimento pelo locatário no período.

1 Quesito 9 da autora - fl. 913.

Acesso ao Sumário

Admitir a possibilidade de retomada do imóvel pelo locador, sem conferir ao locatário a chance de explorar a atividade econômica prometida no local e sem qualquer ressarcimento financeiro configura flagrante abuso de direito (art. 187 do CC), sobretudo porque o imóvel não possuía condições de operar antes das obras realizadas, que incluíram a demolição das estruturas existentes e a construção de uma área de 414 m², uma área coberta de 225 m² e 1.000 m² de pista de abastecimento (quesito 1 da autora - fl. 911).

A necessidade de reparos pontuais não afasta a possibilidade de ressarcimento dos valores despendidos pelo locatário, especialmente diante da ***abusiva quebra da expectativa contratual do recorrente, que investiu por mais de 2 anos no imóvel e foi impedido de operar às vésperas da conclusão das obras.***

Na lição de **Nelson Rosenvald** e **Felipe Braga Netto**:

> "Uma das funções do princípio da boa-fé objetiva é a de frear o exercício de condutas formalmente lícitas, mas materialmente antijurídicas, quando ultrapassam os limites éticos do sistema. Se, em princípio, o contratante usa livremente o direito potestativo de resilição unilateral, o ordenamento jurídico não pode permitir que o exercício de tal faculdade lese a legítima expectativa de confiança da outra parte, que acreditou na consistência da relação jurídica a ponto de efetuar razoável dispêndio naquela atividade econômica, mormente em hipóteses em que há longa relação contratual entre as partes, cuja abrupta diminuição da lucratividade provocará imediatas consequências sociais e econômicas.
>
> (...)
>
> Ilustrativamente, podemos pensar em um comodato de um imóvel rural sem prazo, no qual o arrendatário se dedicará a plantar soja. Em tese, poderá o proprietário denunciar o contrato a qualquer tempo. Mas, podemos considerar abusiva a conduta do proprietário no sentido de exercer a resilição no primeiro ano do contrato, não concedendo ao arrendatário um prazo mínimo para colher a safra e pagar as despesas de custeio e produção." (**Código Civil Comentado, Ed. *JusPodivm*, 2020, p. 577**).

Por outro lado, mostra-se desnecessária a conversão em perdas e danos, vez que a regra prevista no art. 473, parágrafo único, do CC visa manter o vínculo contratual para que a parte prejudicada recupere os investimentos realizados.

Uma vez rompido o contrato de locação e havendo apuração pericial do valor investido pelo locatário, não se justifica a realização de liquidação por arbitramento em fase de cumprimento de sentença.

Assim, o valor indenizatório devido ao locatário deve corresponder ao valor investido nas benfeitorias apurado pelo perito judicial (R$ 1.258.000,00), corrigido monetariamente pela Tabela Prática do TJSP a partir de setembro de 2015 (data de atualização do laudo pericial - fl. 909) e com incidência de juros moratórios de 1% ao mês contados da citação da autora-reconvinda.

IV -- Com relação aos honorários recursais previstos no §11 do art. 85 do

Acesso ao Sumário

CPC de 2015, estes somente se aplicam aos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, em observância ao Enunciado Administrativo nº 7 do C. Superior Tribunal de Justiça, como é a hipótese dos autos.

Invertidos os ônus decorrentes da sucumbência, deve a autora-reconvinda arcar com o pagamento das custas e despesas processuais da reconvenção, inclusive os honorários do perito judicial, além dos honorários sucumbenciais da parte adversa, que ficam arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da condenação, já considerado o trabalho adicional em grau recursal, nos termos dos §§ 2º e 11 do art. 85 do CPC.

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

V -- Ante o exposto, e pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima alinhavados.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1020691-09.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado SCHALCH SOCIEDADE DE ADVOGADOS, é apelada/apelante MARIA ANGELA PEREIRA DE ALMEIDA FONSECA.

ACORDAM, em 22ª 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 82713)**

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

São Paulo, 1º de fevereiro de 2024.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: 1. APELAÇÕES. EMBARGOS DE TERCEIRO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 2. DECISÃO MANTIDA. 3. INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS. CIÊNCIA INEQUÍVOCA A RESPEITO DOS ATOS DE CONSTRIÇÃO INCIDENTES SOBRE O BEM OBJETO DA CONTROVÉRSIA. CONSUMADO O PRAZO DO ART. 675, DO C.P.C. 4. BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS AD-

Acesso ao Sumário

VOCATÍCIOS. TEMA 1076 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROVEITO ECONÔMICO NÃO MENSURADO NO CASO EM TELA E INEXISTENTE IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA, QUE DEVE PREVALECER PARA O ARBITRAMENTO. 5. RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

São apelações contra a sentença a fls. 197/198, objeto de embargos de declaração rejeitados a fls. 204, que julgou improcedentes embargos de terceiro.

O escritório de advocacia, que representa a embargada, alegada que a sentença não pode subsistir, pois a verba honorária deve ser calculada com base no valor do proveito econômico obtido, o qual deve corresponder ao valor do bem objeto da controvérsia. Pede a reforma.

A embargante também apelou. Sustenta que não há intempestividade porque os outros embargos de terceiro, a que fez referência o magistrado sentenciante, diziam respeito à constrição feita em processo diverso. Sustenta que não houve intimação da penhora sobre o bem de família em que reside. Argumenta que deve ser protegida sua meação. Pede a reforma.

Apresentadas contrarrazões ao recurso, subiram os autos.

É o relatório.

Os recursos não comportam provimento.

No que diz respeito à tempestividade dos embargos de terceiro, verifico que a ora embargante peticionou nos autos do processo principal em 22.3.2018 (cf. 1679 dos autos digitais da ação monitória em apenso). É certo que fora determinado o desentranhamento da aludida petição (cf. fls. 1972 dos autos digitais da ação monitória). Por outro lado é certo também que quando a embargante peticionou nos autos principais já havia até mesmo o registro da penhora certificado nos autos, datada de 14.6.2017 (cf. fls. 1426/1428 dos autos digitais em apenso).

Nesse contexto, os embargos são mesmo intempestivos. É verdade que até se admite que em certas circunstâncias o prazo para oposição de embargos de terceiro não seja contado do ato de expropriação, mas sim da efetiva ameaça à posse, mas isso só é possível se o embargante não tiver ciência inequívoca do processo executivo. É o entendimento adotado no Superior Tribunal de Justiça (AgInt nos EDcl no AREsp 2.162.360/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ªT., DJe 1/06/2023; AgInt nos EDcl no AREsp 1.926.035/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª T., DJe 29/06/2022; EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 1.233.065/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJe 28/06/2019; AgInt no REsp 1.502.498/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., DJe 27/02/2018; AgInt no REsp 1.421.057/SC, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., DJe

Acesso ao Sumário

11/05/2017). Mas disso não se cogita no caso em tela, visto que a embargante tinha ciência do processo que deu origem à constrição. Tanto é assim que nele peticionou.

Portanto, escorreita a sentença no que diz respeito à intempestividade dos embargos de terceiro.

No que diz respeito aos honorários advocatícios arbitrados, a sentença condenou a embargante ao pagamento no montante de 15% do valor da causa. E o valor atribuído à demanda pela autora foi de R$ 10.000,00 (cf. fls. 8).

Quanto à fixação da verba honorária, dispõe o §2º do art. 85 do C.P.C. acerca da ordem a ser seguida para a definição da base de cálculo da verba honorária, verbis: "O*s honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa*". Além disso, restou assentado no Tema n. 1076 do STJ que : "*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***" (destaques não originais).

Assim, ainda que em princípio, fosse escorreito o arbitramento com base no valor do proveito econômico, como postula o titular dos honorários, no caso em tela, trata-se de grandeza ainda não mensurada. Com efeito ainda não houve avaliação do imóvel que foi objeto dos embargos. Anote-se que, apesar de expedido mandado para a prática desse ato (cf. fls. 3.043 dos autos digitais da ação monitória), ele não foi devidamente cumprido (cf. fls. 3103 daqueles autos). Desse modo, em consonância com o precedente acima transcrito, é o valor da causa que deve prevalecer, o qual, ressalte-se, em momento algum fora impugnado pela embargada.

Diante do desprovimento do recurso da embargante, incide na espécie o art. 85, §11, do C.P.C. Assim, majoro a verba honorária de 15% para 17% do valor atualizado da causa.

Pelo exposto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1126767-67.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante S.D.R., é apelado M.G.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.118)**

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

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

SALLES ROSSI, Relator

EMENTA: - APELAÇÃO - REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO POR INGRATIDÃO - Decreto de procedência - Pedido de reforma da requerida - Descabimento

A) Afastamento de preliminar - Ausência do preenchimento dos requisitos concorrentes de prevenção recursal - Diversidade de objetos - Diferenças entre fundamentos geradores do direito material - Díspares juízos naturais das causas originárias - Carência de relação justificadora de comunicabilidade - Inexistência de irregularidade da livre distribuição

B) Concessão de gratuidade e indeferimento de impugnação - Tema superado incidentalmente - Preclusão consumativa

C) Suficiente coincidência dos componentes da citação por Oficiala de Justiça em carta rogatória - Informação de entrega em mãos da própria pessoa - Recebimento do mandado e das peças correspondentes - Aposição de rubrica - Configuração de ato jurídico perfeito e válido - Instrumento goza de fé pública - Impertinente crítica à inexecução efetiva de ciência - Argumento dotado de parcialidade - Cumprimento de finalidade - Privação de vício insanável - Falta de irregularidade capaz de comprometer a idoneidade do procedimento - Desapego ao rigorismo formal - Obtenção de máximo resultado com o mínimo emprego de atividades

D) Presunção da existência e veracidade dos fatos decorre de força de lei - Natureza relativa - Possibilidade de mitigação da revelia - Incidência do princípio do livre convencimento do Poder Judiciário e da persuasão racional - Efeitos que não conduzem absoluta-

Acesso ao Sumário

mente à procedência da pretensão
E) Limite objetivo da causa de pedir fundado em suposto sequestro da filha comum para privação do exercício da paternidade - Descumprimento da obrigação de fixar residência no imóvel recebido na partilha da dissolução da união estável - Desrespeito à previsão de retorno ao Brasil - Favorável modificação da guarda compartilhada para unilateral paterna - Comportamento reprovável - Caracterização de ilicitude dirigida pessoalmente ao doador
F) Prejudicado exame da impugnação subsidiária do cunho alimentar do negócio - Frustração de disposição de perfil compensatório - Impossibilidade de hermenêutica extensiva
G) Nenhuma conduta dolosa específica pode ser considerada ilicitude sujeita à sanção por deslealdade processual - Configuração de exercício regular do direito subjetivo - Ausência de premeditada intenção procrastinatória - Ausência de persuasão racional de intenção dolosa para causar dano - Interpretação particular insuscetível de consequência jurídica - Descaracterização de nexo de causalidade para imposição de multa
H) Sentença mantida - Recurso improvido

VOTO

VOTO DO RELATOR

Cuida-se de Apelação (fls. 343/368) interposta contra a respeitável sentença (fls. 339/341) proferida em autos de Ação de Revogação de Doação por Ingratidão (fls. 01/16), de rito ordinário, que julgou procedente o pedido, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil, deferindo-se a substituição da penhora dos imóveis por depósito feito em outra ação autônoma, pois a requerida não tem domicílio neste país, nem há provas de que tenha patrimônio capaz de fazer frente à obrigação e condenando -a a arcar com as custas e os honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Inconformada, recorreu a ré, sustentando a necessidade de sua reforma, sob a razão de que não recebeu nenhuma citação, via rogatória, em Cabo Verde e assim não apresentou contestação, vindo a saber da demanda, por conta da juntada da sentença no incidente nº 1015527-10.2016.8.26.0100, não sabendo informar o que aconteceu e no Agravo de Instrumento nº 2207839-

Acesso ao Sumário

34.2018.8.26.0000 teve a sua intimação anulada, uma vez que havia sido assinada por terceiro a quem nunca deu poderes por procuração, gerando-lhe prejuízos irreversíveis ao contraditório.

Prosseguiu dizendo que sofreu violência física, psicológica e patrimonial, por força do art. 7º da Lei Maria da Penha, inexistindo reconhecimento de sequestro pela autoridade cabo-verdiana, tendo agido dentro dos limites legais, buscando chancela jurisdicional, não se justificando a suposta ingratidão.

Alegou também que o acordo tem natureza alimentar, em conformidade com o art. 1.694 do Código Civil, com proteção de irrevogabilidade e irrepetibilidade, como se entende do art. 1.707 do mesmo diploma normativo e art. 13, § 2º da Lei nº 5.478/68.

Citou pensamentos de doutrinadores e trechos de julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Paraná, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional do Trabalho.

Apontou prática de litigância de má-fé, segundo dispõe art. 80 do Código de Processo Civil.

Indicou prevenção.

Pleiteou concessão dos benefícios da justiça gratuita, com fulcro da Lei nº 1.060/50 e no art. 98 do Código de Processo Civil, em virtude de ser pobre na acepção jurídica do termo e sem condições de arcar com os encargos decorrentes do processo, sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família.

Requereu recebimento, conhecimento e total provimento do presente recurso.

Resposta (fls. 911/927) do requerente.

Conversão de julgamento em diligências (fls. 944, 947, 993/1.001, 1.044/1.065, 1.183/1.185, 1.209, 1.223/1.224, 1.256/1.257, 1.264, 1.279, 1.300, 1.309, 1.316 e 1.348).

Acórdão (fls. 1.167/1.176) denegatório de Agravo Interno.

Retiradas de Pautas (fls. 1.340 e 1.347).

Alegações Finais (fls. 1.351/1.358).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

De plano, nota-se que o pronunciamento inicial do juiz certo (fls. 473/475), Desembargador Luís Mário Galbetti da Sétima Câmara de Direito Privado no Agravo de Instrumento nº 2207839-34.2018.8.26.0000 (fls. 385/395) interposto frente à decisão interlocutória proferida nos Autos nº 1015527-10.2016.8.26.0100 da Ação de Modificação de Guarda (fls. 38/60) que tramitou perante a Primeira Vara da Família e Sucessões não gera prevenção (art. 55, § 3º, CPC)[1] àqueloutro colegiado (art. 2º, 1ª fig., do Regimento Interno deste Egré-

Acesso ao Sumário

1 *"... Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.*
§ 1º.

gio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aprovado em sessão do Órgão Especial de 30 de setembro de 2009, cujo texto foi alterado em 20 de novembro de 2020)[2], uma vez que existem objetos independentes, com diferentes causas de pedir remota, fundadas em diversos fatos geradores do direito material e díspares juízos naturais originários (art. 5º, LIII, CF)[3], sem qualquer relação justificadora de comunicabilidade com a disposição do art. 930 do Compêndio Adjetivo, em conciliação com o art. 105, "*caput*" e § 3º do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aprovado em sessão do Órgão Especial de 30 de setembro de 2009, cuja última alteração do texto sucedeu aos 14 de dezembro de 2023 e combinado com o art. 704, "*caput*" das Normas de Serviço dos Ofícios Judiciais da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, de 22 de janeiro de 2024, que rezam:

"*... Art. 930. **Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal**, observando-se a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade.*

Parágrafo único. O primeiro recurso protocolado no tribunal tornará prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo..."

*"... 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...

*§ 3º O **relator do primeiro recurso protocolado no tribunal** terá a competência preventa para os recursos **subsequentes no mesmo processo** ou em processos conexos, enquanto compuser ou auxiliar a Câmara ou o Grupo, segundo a cadeira do tempo distribuição...*"

*"... Art. 704. O mandado de segurança, o habeas corpus e o **recurso tornam preventa a competência do relator para todos** os recursos posteriores, tanto na ação, quanto na execução, referentes ao **mesmo processo**...*" (dísticos inéditos)

De tal sorte, não se constatando possibilidade de decisões contraditórias ou conflitantes, resta seguro que a livre atribuição (fl. 941) não mostra qualquer irregularidade do Serviço de Entrada e Distribuição de Feitos Originários que

§ 3º 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..."

2 *"... Art. 2º Compõem o Tribunal:*

I - ...

*XIII - as Câmaras ordinárias, especializadas e reservadas; * Inciso XIII com redação dada pelo Assento Regimental nº 565/2017..."*

3 *"... LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente..."*

Acesso ao Sumário

mereça representação, nos termos do "*caput*" do artigo 179 do Regimento Interno deste Excelso Pretório, aprovado em sessão do Órgão Especial de 30 de setembro de 2009, cuja última alteração do texto sucedeu aos 14 de novembro de 2020, que dita:

"*... Art. 179. Observada qualquer irregularidade, a Secretaria fará a conclusão do feito ao Presidente da Seção ou ao Vice- Presidente do Tribunal, conforme o caso...*"

Vê-se que houve deferimento da gratuidade e rechaçando a impugnação, assim o ponto está superado incidentalmente, encontrando-se esgotada a matéria ("*vexatio quaestio*"), sobrepondo-se preclusão, em sua modalidade consumativa, com fulcro no art. 507 do Estatuto dos Ritos, que apregoa:

"*... Art. 507. **É vedado** à parte **discutir no curso do processo** as **questões já decididas** a cujo respeito se **operou a preclusão**...*" (original não grifado)

Ultrapassados esses aspectos, volta-se atenção ao cerne nevrálgico da discussão, observa-se concorrência de requisitos suficientes à feitura da citação feita pela Oficiala de Justiça (fl. 313), por meio de carta rogatória, donde há informação da entrega em mãos à própria pessoa que tomou conhecimento das alegações que lhes eram impostas, mediante recebimento do mandado e das peças correspondentes, além de aposição de sua rubrica, configurando-se ato juridicamente perfeito (art. 5º, XXXVI, 2ª figura, CF) e válido (art. 104, CC), na dicção do art. 251, incisos III da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que apregoa:

"*... Art. 251. **Incumbe** ao **oficial de justiça** procurar o citando e, onde o encontrar, citá-lo:*

*I - lendo-lhe o mandado e **entregando-lhe** a **contrafé**;*

*II - **portando** por **fé** se **recebeu** ou recusou a contrafé;*

*III - **obtendo** a nota de **ciente** ou certificando que o citando não a apôs no mandado...*" (acentuamos)

Não paira dúvida que o instrumento goza de fé pública, tendo cumprido a sua finalidade, não sendo demonstrado vício ("*error in procedendo*") capaz de comprometer a sua idoneidade, por força e art. 405 de idêntico diploma normativo acima mencionado, que consigna:

"*... Art. 405. O **documento público faz prova** não só da sua formação, mas também dos **fatos** que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o **servidor declarar** que **ocorreram** em sua presença...*" (exaltamos)

Exorta-se que não se faz ouvidos moucos à crítica acerca da inexecução efetiva de ciência, porém estranho seu argumento, visto que alega descobrir a existência desta demanda, por meio de seus advogados, somente com a juntada (fls. 374/375) aos 13 de maio de 2.019 da decisão (art. 203, § 1º, CPC) aqui vergastada, em incidente autônomo.

No entanto, quando interpôs o recurso suso indigitado, seus procuradores

Acesso ao Sumário

já apontaram (fl. 393 - § 3º - 3ª linha) a presente ação, em 26 de setembro de 2.018, antes mesmo de ter sido comunicada regular e ulteriormente pela servidora de Cabo Verde e tampouco o Acórdão (fls. 494/500) excede seus limites objetivos para interferir neste feito.

Denota-se unicamente alegação que retrata conteúdo dotado de parcialidade, porquanto voltado a perfilhar seu interesse peculiar que não merece credibilidade, por si só, sujeitando ao crivo judicial, segundo o contexto, não se mostrando assaz à elucidação, como reza o art. 371 do Código de Processo Civil, que delibera:

"*... Art. 371. O **juiz apreciará** a **prova constante** dos **autos**, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e **indicará na decisão** as **razões da formação de seu convencimento**...*" (avultamos)

Nesse diapasão encontra-se lapidar orientação dos notáveis doutrinadores Theotônio Negrão, José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca, na sua obra denominada **"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL e legislação processual em vigor"**, Editora Saraiva, 48ª edição revista e atualizada até 17 de fevereiro de 2.017 página 259 (nota 1a), página 345 (nota 1a - §§ 1º e 3º) e página 346 (nota 2 - § 1º), que ensinam:

"... A certidão do oficial de justiça tem fé pública (STF-RT 500/260 e RF 261/219; RJTJESP 99/245; JTJ 350/139: AI 991.09.097401-9). Prevalece até prova em contrário (Bol. AASP 1.367/50, RJTAMG 20/248; TFR-6ª T., AC 94.640, Min. Torreão Braz, j. 31.10.84, DJU 13.12.84), desde que este seja robusta (RJTJESP 98/316) ou inequívoca (TFR-4ª T., AC 97.356, Min. José de Jesus Filho, j. 17.12.86, DJU 26.2.87)..."

"... Em tema de nulidade do processo civil, o princípio fundamental que norteia o sistema preconiza que para o reconhecimento da nulidade do ato processual é necessário que se demonstrem, de modo objetivo, os prejuízos consequentes, com influência no direito material e reflexo na decisão da causa" (STJ-6ª T.: RSTJ 119/621).

"... A concepção moderna do processo, como instrumento de realização da justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la" (STJ-4ª T., REsp 15.713-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4.12.91, DJU 24.2.92).

"... O atual CPC prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis" (STJ-RT 659/183).

Entretanto, mostra-se pertinente tecer a seguinte consideração de caráter interpretativo sobre a sistemática de presunção (art. 212, IV, CC) da existência e veracidade (art. 341, "*caput*", CPC)[4] dos fatos decorrente da eficácia da revelia

4 "*... Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se...*"

(art. 344, CPC) que se opera exclusivamente por força de lei ("*ope legis*"), porém detém natureza relativa ("*praesumptio juris tantum*"), porque não conduz peremptoriamente à procedência do pleito, apenas exonera o ônus de instrução (art. 374, IV, CC)[5], podendo ser mitigada (art. 348 e art. 349[6], CPC), segundo princípio de livre convencimento motivado dos julgadores e a sua persuasão racional, aliada à análise do conjunto de todos elementos constantes no processo de conhecimento que admite prova em contrário, com fulcro no art. 345, incisos III e IV do Estatuto dos Ritos, que ecoa:

"*... Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:*

I - ...

III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos..."

Não é outra a lição ministrada, com excelência, pelos notáveis Theotônio Negrão, José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca, na sua obra denominada **"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL e legislação processual em vigor"**, Editora Saraiva, 48ª edição revista e atualizada até 17 de fevereiro de 2.017 - página 417 (nota nº 3 - § 1º e nota nº 6), página 422 (nota nº 4 - §§ 2º a 8º), página 423 (nota nº 8 - §§ 2º e 3º - 1ª parte), que lecionam:

*"... A **presunção de veracidade** dos fatos não contestados é **relativa**, cedendo passo frente a outras circunstâncias constantes dos autos, tendo em vista que o julgador encontra-se adstrito ao princípio do livre convencimento motivado" (STJ-3ª T., REsp 1.260.490, Min. Nancy Andrighi, j. 7.2.12, DJ 2.8.12).*

*"... Mais do que a defesa em seu conjunto, devem ser considerados **todos os elementos constantes do processo**, mesmo aqueles trazidos pelo autor ou por litisconsorte passivo (v. art. 345-I). Assim, quando inverossímil alegação de fato lançada na petição inicial ou por qualquer forma houver no processo contraposição a essa alegação, exclui-se a presunção de veracidade (v. art. 345-IV)."*

*"... A presunção de veracidade das alegações fáticas prevista neste art. 344 é um efeito da revelia, que todavia, comporta relativização. Daí a constatação de que se trata de **presunção relativa, e não absoluta** (RTJ 115/1.227;STJ -3ª T., AI 1.088.359-AgRg, Min. Sidnei Beneti, j. 28.4.09, DJ 11.5.09; STJ-4ª T., REsp 590.532-AgRg, Min. Isabel Galotti, j. 15.9.11, DJ 22.9.11; RSTJ 100/183, RT 708/111, 865/263, RJTJESP 106/234, JTA 105/149, Bol. AASP 1.258/73, RJ-*

5 *"... Art. 374. Não dependem de prova os fatos:*
I - ...
IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade..."

6 "*... Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção...*"

Acesso ao Sumário

TAMG 21/238, 21/293, RJTJERGS 258/334: AP 70015635212).”

“A falta de contestação conduz a que se tenham como verdadeiros os fatos alegados pelo autor. Não, entretanto, a que necessariamente deva ser julgada procedente a ação. Isso pode não ocorrer, seja em virtude de os fatos não conduzirem às consequências jurídicas pretendidas, seja por evidenciar-se existir algum, não cogitado na inicial, a obstar que aquelas se verifiquem” (STJ-3ª T., REsp 14.987, Min. Eduardo Ribeiro, j. 10.12.91, DJU 17.2.92).

“A falta de contestação, quando leve a que se produzam os efeitos da revelia, exonera o autor de provar os fatos deduzidos como fundamento do pedido e inibe a produção de prova pelo réu, devendo proceder-se ao julgamento antecipado da lide. Se, entretanto, de documentos trazidos com a inicial se concluir que os fatos se passaram de forma diversa do nela narrado, o juiz haverá que considerar o que deles resulte e não firmar em presunção que se patenteia contrária à realidade” (RSTJ 88/115).

“Em alguns casos, todavia, como naqueles em que ausente alguma das condições da ação ou haja evidente falta de direito, o não oferecimento oportuno da contestação não importa na procedência do pedido. É da melhor doutrina que não está no espírito da lei obrigar o juiz a abdicar de sua racionalidade e julgar contra a evidência, ainda que esta lhe tenha passado despercebida” (STJ-4ª T., AI 123.413-AgRg, Min. Sálvio de Figueiredo, j. 26.2.97, DJU 24.3.97).

“O efeito da revelia não induz procedência do pedido em afasta o exame de circunstâncias capazes de qualificar os fatos fictamente comprovados” (RSTJ 53/335).

“O efeito da revelia não dispensa a presença, nos autos, de elementos suficientes para o convencimento do juiz” 9RSTJ 146/396).

“Assim, o juiz pode considerar não provados fatos incontestados, nos autos (RT 493/162, JTA 45/190, Lex-JTA 140/344) e julgar o autor carecedor da ação (RJTJESP 50/139) ou julgar a ação improcedente (RT 597/199, RJTJESP 49/126, JTA 89/93.”

*“**Em síntese:** A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face à revelia do réu é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz” (STJ-4ª T.: RSTJ 100/183). No mesmo sentido: RF 293/244; JTJ 358/414: AP 990.10.473186-0.*

“... Os efeitos da revelia não conduzem necessariamente à procedência do pedido. É que somente os fatos não impugnados serão aceitos como verdadeiros (art. 302, do CPC), e não as consequências jurídicas deles decorrentes” (STJ-4ª T., REsp 955.809, Min. Luis Felipe, j. 24.4.12, DJ 22.5.12).

“Os efeitos da revelia não abrangem as questões de direito, tampouco implicam renúncia a direito ou a automática procedência do pedido da parte adversa. Acarretam simplesmente a presunção relativa de veracidade dos fatos

Acesso ao Sumário

alegados pelo autor (CPC, art. 319)..."

Delineou-se na petição inicial narrativa de causa de pedir (art. 319, III, CPC) fundada em fato gerador de direito material à pretensão de revogação da doação por ingratidão, mais precisamente, por suposto sequestro da filha comum, com privação do exercício da paternidade, além injúrias e calúnias consignadas em juízo, consoante ditame do art. 557 e art. 558, ambos do Código Civil, que configuram:

"*... Art. 557. **Podem ser revogadas** por **ingratidão** as **doações:***

I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;

II - se cometeu contra ele ofensa física;

*III - se o **injuriou gravemente ou** o **caluniou**;*

IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava..."

*"... Art. 558. Pode ocorrer também a revogação quando o **ofendido**, nos casos do artigo anterior, for o **cônjuge**, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador...*" (dísticos genuínos)

Apura-se que a liberalidade (art. 538, CC) da quantia de R$ 625.000,00 (fl. 28) do ex-companheiro foi realizada por ocasião do reconhecimento da união estável e sua correspondente dissolução em ação discriminada pelo nº (...) (fls. 22/29), cuja transação foi devidamente homologada judicialmente em 19 de março de 2.015 (fl. 34).

Não paira dúvida de que a ex-convivente descumpriu a sua obrigação de fixar residência no imóvel que recebeu na partilha (fl. 27) para propiciar a relação interpessoal do pai com a menina (art. 1.583, § 3º, CC)[7], devido à mudança temporária de domicílio para Piracanga - BA, em fevereiro de 2.016, sem consentimento paterno (art. 1.634, V, CC), por significativo período, tanto que houve propositura de modificação de guarda da menor de compartilhada para unilateral paterna (fls. 38/60), donde promanou novo acordo (fls. 69/76), ratificando cláusula da moradia filial no mesmo local (fl. 70 - item 5), participação assídua do genitor e regras sobre viagens internacionais e consequentes inadimplementos, igualmente referendado por sentença aos 15 de dezembro de 2.016 (fl. 77) e sobrevindo reiterada inobservância materna de seu dever, com a ida a outro país, desrespeitando a previsão de retorno ao Brasil e locando o apartamento para terceiro, exigindo mais uma vez a busca de socorro, mediante intervenção do Poder Judiciário desta Corte Bandeirante, em tutela cautelar antecedente (fls. 396/402), em janeiro de 2.017 (fl. 80) e assim também, junto aos Tribunais de Cabo Verde (fls. 87/90 e 193/201), culminando com a vitória

Acesso ao Sumário

7 *"... Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).*
§ 1º...
§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)..."

do varão (fls. 331/334).

Então, tal comportamento reprovável da virago tem consequência jurídica restrita à esfera da violação do poder familiar, conquanto gravite em torno do emprego arbitrário das próprias razões (art. 345, "*caput*", CP)[8], como atitude tacanha que há muito desatendendo aos reclamos da sociedade brasileira contemporânea (art. 1º, III, CF), para resolver impasses de viés de desinteligência (art. 65, "*caput*", LCP), não se aceitando que se avoque putativo direito de solucionar desentendimentos mediante tratamento heterodoxo à urbanidade de maneira potestativa.

Fica prejudicado exame da impugnação subsidiária (art. 326, "*caput*", CPC) dirigida ao cunho alimentar da doação.

Todavia, em suma, delibera-se que aludido perfil compensatório deveria ser expresso entre os contratantes, restando barreira à hermenêutica extensiva, com arrimo no art. 114 e 843, ambos do Código Civil, que rezam:

"*... Art. 114. Os* ***negócios jurídicos benéficos*** *e a renúncia* ***interpretam-se estritamente****..."*

"... Art. 843. A ***transação interpreta-se restritivamente****, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos...*" (distinguimos)

É como soa o fiel testemunho albergado dos notáveis doutrinadores, Maria Helena Diniz e Carlos Alberto Dabus Maluf, sob a coordenadoria de Regina Beatriz Tavares da Silva, na obra denominada **"CÓDIGO CIVIL COMENTADO"**, Editora Saraiva, 6ª edição - 2.008, às páginas 111 e 760, respectivamente, que diz:

"*... **Interpretação restritiva de negócio jurídico benéfico e de renúncia:** Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia deverão ser interpretados restritivamente, isto é, o juiz não poderá dar a esses atos negociais interpretação ampliativa, devendo limitar-se, unicamente, aos contornos traçados pelos contraentes, vedada a interpretação com dados alheios ao seu texto..."*

"... Quanto à interpretação restritiva das cláusulas da transação, têm entendimento nossos Tribunais que: 'A transação tem interpretação restritiva, não podendo a vontade dos transatores ser estendida para além dos termos em que foi feita; assim, o acordo em relação aos danos emergentes ocasionados por acidente de trânsito com a ressalva do não recebimento dos lucros cessantes torna sem efeito a cláusula de ampla quitação dos termos do Código Civil de 1916, artigos 1.026 e 1.027' (RT, 743/299)..."

Superadas estas proposições, não é possível reconhecer base à denúncia de litigância de má fé, visto que não se encontrar tipificado peculiarmente nenhum ato perpetrado por quem quer que seja, revelador de atitude maliciosa que se plasme a alguma das hipóteses de incidência dos incisos do art. 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 ("*improbus litigator*").

8 "*... Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite...*"

Acesso ao Sumário

Vislumbra-se tão somente exercício regular do direito subjetivo de defesa (art. 5º, XXXIV, al. 'a', 1ª fig., CF) de seus interesses particulares.

É como soa o fiel testemunho inserto na obra sob a lavra **"NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL e legislação processual em vigor"** dos notáveis doutrinadores Theotonio Negrão, José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca - 48ª edição revista e atualizada até 17 de fevereiro de 2.017 - Editora Saraiva, página 174 (notas nº 1a, nº 1b, nº 2b e nº 2c) e página 176 (nota nº 17), a saber:

*"... Para a condenação em **litigância de má-fé**, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17 do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); e que, da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa". (RSTJ 135/187, 146/136).*

"Entende o STJ que o art. 17 do CPC, ao definir os contornos dos atos que justificam a aplicação de pena pecuniária por litigância de má-fé, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade" (STJ-3ª T., REsp 418.342, Min. Castro Filho, j. 11.6.02, DJU 5.8.02).

"A aplicação de penalidades por litigância de má-fé exige dolo específico, perfeitamente identificável a olhos desarmados, sem o qual se pune indevidamente a parte que se vale de direitos constitucionalmente protegidos (ação e defesa)" (STJ-3ª T., REsp 906.269, Min. Gomes de Barros, j. 16.10.07, DJU 29.10.07).

*"... A **boa-fé se presume** (JTA 36/104). 'Agir displicentemente, com culpa, porque requereu providência já realizada, não conduz, por si só, à má-fé e ao dolo. A boa-fé é que se presume' (STJ-1ª T., RMS 773, Min. Garcia Vieira, j. 13.3.91, DJU 15.4.91).*

*"... A litigância de má-fé **deve ser distinguida da estratégia processual** adotada pela parte que, não estando obrigada a produzir prova contra si, opta, conforme o caso, por não apresentar em juízo determinados documentos, contrários às suas teses, assumindo, em contrapartida, os riscos dessa postura. O dever das partes de colaborarem com a justiça, previsto no art. 339 do CPC, deve ser confrontado com o direito do réu à ampla defesa, o qual inclui, também, a escolha da melhor tática de resistência à pretensão veiculada na inicial. Por isso, o comportamento da parte deve sempre ser analisado à luz das peculiaridades de cada caso" (STJ-3ª T., REsp 1.286.704, Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.13, DJ 28.10.13).*

*"... Se a parte utiliza os meios disponíveis no direito positivo para a defesa dos seus direitos, não se pode pretender, pelo **vigor com que litigam**, que exista fundamento para a condenação por litigância de má-fé" (RSTJ 132/338).*

Acesso ao Sumário

"... Na litigância temerária, ***a má-fé não se presume****, mas exige prova satisfatória, não só de sua existência, mas da caracterização do* ***dano processual*** *a que a condenação cominada na lei visa a compensar" (STJ-1ª T., REsp 76.234, Min. Demócrito Reinaldo, j. 24.4.97, DJU 30.6.97).*

Destaca-se apenas divergência semântica que não guarda, aprioristicamente, correspondência com real intenção dolosa e, destarte, recomenda-se também o posicionamento ao qual se filia, explanado na obra denominada **"Litigância de Má-Fé"** - Editora Revista dos Tribunais - 1ª edição - 2.000, do empenho da ilustre Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira, destino inarredável aos consulentes, sob a preocupação vitanda de não se fazer o devido elogio a tão esmerado labor, ao deixar de coligir todas as suas proposições.

À vista de tudo o quanto fora exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002794-94.2021.8.26.0404, da Comarca de Orlândia, em que são apelantes OTÁVIO ALVES GARCIA e PATRÍCIA CALDANA GARCIA, é apelado ORLÂNDIA DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, com observação. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Isabela Francisco.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33649)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO e CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER.

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação cível. Rescisão de compra e venda. Desistência do comprador. Improcedência do pedido. Inconformismo dos autores. Segundo o Tema 1095 do C. STJ, a lei 9514/97 incide apenas quando a alienação fiduciária está registrada em cartório e a parte foi devidamente constituída em mora, o que não ocorreu. Portanto, no presente caso, o fato de haver pacto de alienação fiduciária não impede a rescisão, com a fixação de percentual de retenção, a luz do CDC. Desistência por parte do comprador é direito potestativo,

Acesso ao Sumário

e não configura inadimplemento ou quebra antecipado do pacto ("antecipatory breach"), até porque foi concedida tutela de urgência suspendendo a cobrança de valores do contrato. Retenção segundo entendimento usual da Câmara (20% dos valores pagos). Acolhimento parcial do recurso, para o julgamento de parcial procedência do pedido, com retenção não de 10%, mas de 20% sobre os valores pagos. Inversão da sucumbência. Recurso parcialmente provido, com observação..

VOTO

A sentença de páginas 169/172 julgou improcedente o pedido, com revogação da tutela, sucumbente a parte autora.

Apelou a parte autora às páginas 176/196, aduzindo que não há propriamente uma alienação fiduciária, porque não há terceiro envolvido, em verdade, os autores estão pagamento de forma parcelada para a própria ré. Aduziu que não foram constituídos em mora, que não houve consolidação da propriedade, e que pleitearam o distrato de modo a afastar qualquer incidência da lei de alienação, que a própria ré reconhece que não estão inadimplentes. Assim está previsto no tema 1095 do C. STJ, acerca dos requisitos para a incidência da Lei 9514/97. No mais, aduziu que a avença foi firmada antes da alteração da Lei 13.786/18, podendo haver a retenção de 10% dos valores pagos.

Contrarrazões às páginas 200/210.

Presente a oposição ao julgamento virtual, páginas 214.

É o relatório.

Trata-se de ação de rescisão contratual cumulada com restituição de valores pagos movida pelos apelantes, pela qual pleiteiam a rescisão do contrato de promessa de compra e venda para a aquisição do lote 32, da quadra 11, do loteamento Residencial e Misto Boa Vista I, na cidade de Orlândia/SP, bem como a restituição de 90% do montante pago, julgada improcedente, tal como consta do relatório, apresentado o recurso dos autores.

Acesso ao Sumário

Oportuno trazer a colação a tese firmada no julgamento do REsp 1891498/SP (tema 1095): "*Em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária devidamente registrado em cartório, a resolução do pacto, **na hipótese de inadimplemento do devedor, devidamente constituído em mora**, deverá observar a forma prevista na Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, afastando-se, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*". - destaquei

No presente caso, não se verifica tenha havido o inadimplemento dos autores, tampouco a constituição em mora.

A pretensão de distrato não se configura em hipótese de inadimplemento, são atos distintos. O pedido judicial evitou o inadimplemento do contrato, tanto que concedida tutela de urgência para suspensão da cobrança dos valores relacionados no contrato discutido, páginas 48.

Assim, no presente caso, o fato de haver pacto de alienação fiduciária não impede a resolução do contrato.

Neste sentido, segue o contrato sob a possibilidade de rescisão a luz do CDC.

Não se aplica a tese da quebra antecipada do contrato, até porque a rescisão é direito assegurado.

Como bem elucidado no voto do Rel. José Carlos Ferrreira Alves, no julgamento do apelo n. 1013871-57.2017.8.26.0011, em 12/3/2019:

"Isto porque, a jurisprudência deste E. TJSP e do C. STJ reconheceu como potestativo o direito do compromissário comprador de imóvel desistir da aquisição do bem, sujeitando-se, todavia, às consequências desta sua opção (Súmula 1-TJSP e 543- STJ). 9. Assim, não se pode sobrepujar a referida cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade ao consagrado direito potestativo".

Assim como a menção a referida cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade, também estendo a interpretação à cláusula penal, que não pode ser oposta porque prevista como tal, se ferir o direito do consumidor, que rechaça condições abusivas.

Feitas estas considerações, a respeito da insurgência contra a alteração do percentual de retenção, em vista da desistência negócio pelo autor, cumpre destacar da Súmula nº 1 deste Tribunal de Justiça que declara que "O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem." (g.n.)

Os percentuais fixados na jurisprudência do STJ oscilam entre 15% e 25% dos valores pagos.

Via de regra, esta Câmara vem adotando o percentual de 20% de retenção

E recente decisão:

"COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - RESCISÃO CONTRATUAL POR CULPA DO COMPRADOR - NÃO INCIDÊNCIA DA LEI 13.786/2018- PRECEDENTE DESTA C. 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO- RESCISÃO DO CONTRATO ACARRETA A REPOSIÇÃO DAS PARTES AO "STATUS QUO ANTE", ADMITIDA A RETENÇÃO DE 20% DO QUE FOI EFETIVAMENTE PAGO PARA COMPENSAR OS PREJUÍZOS DECORRENTES DO DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO - JUROS DE MORA DE 1% AO A CONTAR DO TRÂNSITO EM JULGADO, POR FORÇA DO QUE DECIDIU O C. STJ (REsp. 1.740.911/DF)- CORREÇÃO MONETÁRIA

Acesso ao Sumário

DESDE OS DESEMBOLSOS - SENTENÇA MODIFICADA - RECURSO PROVIDO EM PARTE."

(TJSP; Apelação Cível 1002553-82.2020.8.26.0428; Relator (a): Theodureto Camargo; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Paulínia - 1ª Vara; Data do Julgamento: 25/01/2022; Data de Registro: 25/01/2022)

Assim, acolho o pedido inicial para declarar a rescisão do contrato, com a retenção de 20% dos valores pagos, devendo a restituição dos 80% ser feita de uma vez, acrescida de correção monetária do desembolso e juros de mora do trânsito em julgado, restabelecida a tutela de urgência concedida às páginas 47/49.

Julgo parcialmente procedente o pedido, arcando a ré com as custas e despesas processuais, assim como honorários do patrono da parte autora, fixados em 10% sobre o valor da condenação, considerando-se que a parte autora decaiu de parte mínima (a respeito da retenção de 10%).

Dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000815-40.2023.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante DS COMÉRCIO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA., é apelado MSC MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY S.A.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente, pelo apelante, o advogado Arthur Buense Franco.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42500)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COUTINHO DE ARRUDA (Presidente sem voto), MAURO CONTI MACHADO e MARCELO IELO AMARO.

São Paulo, 30 de janeiro de 2024.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos materiais - Transporte marítimo - Pedido fundamentado na alegação de contratação de transporte rodoviário da carga perecível, a fim de providenciar o embarque na data e no navio predeterminados - Comunicação de omissão de porto na rota predeterminada e consequente rolagem da carga para outro navio - Dinâmi-

Acesso ao Sumário

ca natural do mercado que deve ser prevista pelo exportador a fim de mitigar prejuízos - Improcedência mantida - Recurso improvido

VOTO

1:- Trata-se de ação de cobrança. Adota-se o relatório da r. sentença, *in verbis*: "*D.S. COMÉRCIO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA ajuizou AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS em face de MSC MEDITERRANEAN SHIPPING DO BRASIL LTDA. Narra que é exportadora de gengibres frescos e contratou o serviço de transporte internacional de cargas praticado pela Ré (BL n° EBKG03816703), com saída do Porto do Rio de Janeiro até o Porto de Santos, para assim se iniciar a rota ao destino internacional. Ocorre que, no dia 30/08/2022, foi informada pela Ré que a carga seria transferida para outro navio, não havendo qualquer explicação acerca do motivo, e, consequentemente, a embarcação ocorreria apenas dia 11/09/2022, doze dias após o acordado. Alude que, por se tratar de carga perecível, optou pelo transporte rodoviário imediato para que a carga pudesse embarcar no Porto de Santos, na data inicialmente acordada e no navio inicialmente previsto, o que gerou gastos não necessários inicialmente à Autora. Pretende o ressarcimento a título de danos materiais da importância paga pela Requerente, referente ao transporte rodoviário, na quantia de R$ 16.783,38, atualizada monetariamente e acrescido de juros de mora. A petição inicial veio acompanhada de documentos (fls. 13/38). Citada, a Ré apresentou contestação (fls. 45/56). Preliminarmente, pugnou pela ilegitimidade ativa, uma vez que as partes não possuem qualquer relação contratual. No mérito, salientou que não houve qualquer descumprimento contratual por parte da empresa Requerida, porquanto o transporte marítimo foi realizado. Ademais, asseverou que as datas de embarque e desembarque são meras estimativas, não havendo a possibilidade de fixar uma data exata, pela própria natureza do transporte marítimo, inclusive, consta na cláusula 8ª do conhecimento de transporte. Afirmou que não foi informada sobre os prazos de perecimento da carga, motivo pelo qual não há motivo para cobrar eventual "tratamento especial" sobre a carga. Juntou documentos (fls. 57/122). Houve réplica (fls. 125/134). Aduziu que a Ré havia conhecimento das particularidades do produto perecível, visto que informadas no próprio conhecimento de embarque de fls. 14. Este é o breve relatório.*"

A r. decisão julgou improcedente a ação. Consta do dispositivo: "*Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE o pedido formulado por D.S. COMÉRCIO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS LTDA, nesta ação ajuizada contra MSC MEDITERRANEAN SHIPPING DO BRASIL LTDA, extinguindo o feito com julgamento do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, CPC. Em razão da sucumbência, a Autora arcará com as custas e despesas processuais, bem como os honorários*

Acesso ao Sumário

advocatícios do patrono do Réu, que fixo em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, parágrafo 2º do Código de Processo Civil. Ficam as partes advertidas, desde logo, que a oposição de embargos de declaração fora das hipóteses legais e/ou com postulação meramente infringente lhes sujeitará à imposição da multa prevista pelo artigo 1.026, §2º, do Código de Processo Civil. P. I. C."

Opostos embargos de declaração pela autora, foram rejeitados (fls. 149/150).

Apela a autora alegando, em síntese, que contratou os serviços de transporte marítimo da apelada, com saída do Rio de Janeiro para a Holanda. Todavia, o armador comunicou a omissão do porto do Rio de Janeiro, com alteração da rota predeterminada, sendo necessária contratação do transporte rodoviário do contêiner do porto do Rio de Janeiro para o de Santos, por se tratar de carga perecível (gengibre *in natura*). Desse modo, entende que por descuido do transportador, ao não atentar para a necessidade especial da carga transportada, foi obrigado a arcar com esse custo adicional, que agora pretende ver ressarcido.

O recurso foi processado e contrarrazoado (fls. 172/184).

É o relatório.

2:- A r. sentença não comporta modificação, valendo transcrever trecho de sua fundamentação que bem ilustra a respeito dos fatos:

> *Ora, o contrato estabelecido entre The Greenery B.V. e o Réu, no conhecimento de transporte, regula a responsabilidade em casos de atraso, nos seguintes termos (fls. 113): Conforme se extrai da referida cláusula, o armador não se compromete a embarcar e entregar mercadoria em data específica, tanto que não há indicação de data no Conhecimento de Transporte/Bill of Lading, apenas especificação do navio. Ademais, a mesma cláusula contratual indica que se trata de estimativa de prazo portanto, sujeito a alterações em decorrência de condições climáticas, operações nos portos, greves e outras circunstâncias conhecidas daqueles que laboram no meio marítimo. Com o objetivo de evitar a geração de despesas adicionais, cabe exclusivamente à embarcadora, consultar e acompanhar as possíveis alterações de data de chegada e saída dos navios, bem como os deadlines de Carga e Draft por meio do Daily Position / Posição de Navios. A referida cláusula, ainda, prevê a responsabilidade da embarcadora caso haja eventuais despesas adicionais, ou danos indiretos. Quanto ao e-mail de fls. 29, verifico que foi encaminhado à Autora, não dirigido a ela. No documento, o armador se disponibiliza a custear a transferência de quadra, armazenagem e monitoração, bem como disponibiliza dias extra de free time. Deste modo, além das partes não possuírem relação contratual, o contrato que regia a operação excluía a responsabilidade do Réu, no caso em exame.*

O narrado nos autos nada mais é que a denominada "omissão de navios", "omissão de portos", ou ainda, "*blank sailing*", que é a não atracação do navio em determinado porto previsto inicialmente na escala, com a consequente "rolagem" da carga, isto é, a reprogramação para embarque numa próxima partida disponível, que é uma dinâmica natural do mercado, devendo o exportador trabalhar com margem de dias, a fim de mitigar prejuízos.

Enfim, a improcedência da demanda era mesmo incontornável.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Nos termos do § 11, do artigo 85, do Código de Processo Civil, ficam os honorários advocatícios sucumbenciais majorados para 15% sobre o montante condenatório atualizado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007817-89.2023.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados GUSTAVO PINHEIRO SILVEIRA CARLOS e RAISSA BARREIRA MARANHÃO CARLOS, é apelado/apelante GOL LINHAS AÉREAS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.749)**

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

São Paulo, 5 de fevereiro de 2024.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÕES. Transporte aéreo internacional de passageiros. Extravio temporário de bagagem. Devolução após cinco dias.
RECURSO DOS AUTORES.
Danos materiais. Inocorrência. Itens não perecíveis adquiridos pelos autores que se incorporaram ao seu patrimônio. Recurso desprovido.
RECURSO DAS RÉS.
Danos morais. Obrigação de indenizar pelos danos morais, in re ipsa. Pleito de redução do quantum indenizatório. Descabimento. Fixação em R$ 7.000,00, que é compatível com o dano e atende aos princípios da

Acesso ao Sumário

proporcionalidade e razoabilidade. Juros moratórios. Responsabilidade contratual. O termo inicial dos juros de mora é a data da citação, nos termos do artigo 405, do Código Civil. Recurso desprovido.
Sentença confirmada pelos seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.
Recursos desprovidos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação (fls. 228/240 e 246/252) interpostos contra a r. sentença (fls. 220/225) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por *Gustavo Pinheiro Silveira Carlos e Raíssa Barreira Maranhão Carlos* em face de *Gol Linhas Aéreas S/A e Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A* nesta Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais, condenando as rés ao pagamento de R$ 7.000,00 (sete mil reais) a cada um dos autores, a título de indenização por danos morais, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Em suas razões recursais, pugnam os autores pela reforma do *decisum* a fim de que as rés sejam condenadas ao pagamento de indenização pelos danos materiais que lhes teriam causado, decorrentes da necessidade de aquisição de produtos até que a bagagem lhe fosse restituída, o que ocorreu somente cinco dias após o extravio (fls. 228/240).

Já as rés defendem a alteração da sentença para que seja afastada a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais aos autores, argumentando para tanto que não teriam sido comprovados tais prejuízos. Ainda, advogam subsidiariamente a redução do *quantum* indenizatório e que o termo inicial dos juros de mora deve ser a data em que foi arbitrada a indenização, e não a citação (fls. 246/252).

Tempestivamente interpostos e regularmente preparados, recebem-se os recursos em seus regulares efeitos.

Ofertadas contrarrazões (fls. 258/268 e 269/275).

Atribuído à causa o valor de R$ 23.830,27 (vinte e três mil oitocentos e trinta reais e vinte e sete centavos), em 31/03/2023.

É o relatório.

Cuida-se de ação indenizatória por meio da qual narraram os autores que teriam sofrido prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais em razão do extravio temporário de sua bagagem, que foi devolvida depois de cinco dias. Assim, com fulcro no Código de Defesa do Consumidor, requereram a condenação das rés ao pagamento de compensação pelos danos morais e materiais que teriam lhes impingido, estes últimos referentes aos itens que teriam sido obrigados a adqui-

Acesso ao Sumário

rir até que as malas fossem restituídas (fls. 01/20).

Pois bem.

Os recursos interpostos por ambas as partes não comportam provimento, devendo a r. decisão ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo desprovimento dos apelos, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, que dispõe: "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

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

O E. Superior Tribunal de Justiça prestigia este entendimento quando reconhece em seus julgados "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534-DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 1.12.2003).

Transcreve-se, por oportuno, parte da sentença guerreada:

No mérito, a ação é procedente em parte.

Em relação aos danos materiais, o pedido improcede.

Com efeito, embora seja incontroverso o extravio da bagagem, impõe-se consignar que este se deu apenas de forma temporária, de sorte que a privação de bens foi passageira, tendo-se reconstituído integralmente o patrimônio objeto do transporte.

Outrossim, é importante consignar que eventuais bens adquiridos em razão do extravio não são passíveis de restituição, pois não há efetiva perda patrimonial; antes, os bens adquiridos são incorporados ao patrimônio do comprador. Admitir o reembolso por tais bens configuraria verdadeiro enriquecimento ilícito, já que os consumidores permaneceriam com os bens que adquiriram e também seriam ressarcido pelos valores que pagou por eles.

Cite-se, a esse respeito, precedente do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Acesso ao Sumário

(...) Dano material - Despesas com a aquisição de novos trajes sociais, para a participação em casamento, em substituição aos extraviados - Gastos esses que, efetivamente, não implicaram desfalque patrimonial para os autores, uma vez que os produtos adquiridos se incorporaram a seus patrimônios e porque recuperaram eles as bagagens extraviadas - Episódio devendo ser sopesado, sim, no arbitramento da indenização por dano moral - Igualmente indevido o ressarcimento de despesa feita com o aluguel de automóvel, o que se deu, presumivelmente, para conforto dos autores, sem prova de relação com os fatos - Sentença reformada nessa passagem, para cancelamento da condenação ao pagamento de indenização por danos materiais. (...) (TJSP; Apelação Cível 1008122-20.2016.8.26.0003; Relator (a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/02/2017; Data de Registro: 02/03/2017).

APELAÇÃO. Transporte aéreo nacional de passageiros Extravio provisório de bagagem em voo doméstico. Ação de indenização. Restituição dos bens sem notícia de avarias. Danos materiais. Ausência de comprovação de gastos e prejuízos. Inviabilidade de recomposição do patrimônio sem prova da extensão do dano. (...) (TJSP; Apelação Cível 1005151-22.2020.8.26.0068; Relator (a): Flávio Cunha da Silva; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/10/2021; Data de Registro: 22/10/2021).

Portanto, inexistindo dano material efetivo, improcede o pedido de indenização correlato.

Em relação aos danos morais, o pedido procede.

Com efeito, o mero inadimplemento contratual, por si só, não configura dano moral, consoante assentada jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, ressalvadas as hipóteses em que restar evidenciada a efetiva ocorrência de lesão a direitos da personalidade do contratante, o que não se verifica no caso em análise.

Nesse sentido, inclusive, o C. Superior Tribunal de Justiça entende que "*Na específica hipótese de atraso ou cancelamento de voo operado por companhia aérea, não se vislumbra que o dano moral possa ser presumido em decorrência da mera demora e eventual desconforto, aflição e transtornos suportados pelo passageiro (...)*", exigindo-se, "*(...) por conseguinte, a prova, por parte do passageiro, da lesão extrapatrimonial sofrida*" (REsp 1796716/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/08/2019, DJe 29/08/2019).

Conforme entendimento pacífico da Corte Superior, "a configuração do dano moral pressupõe uma grave agressão ou atentado a direito da personalidade, capaz de provocar sofrimentos e humilhações intensos, descompondo o equilíbrio psicológico do indivíduo por um período de tempo desarrazoado" (AgInt no REsp n. 1.764.373/SC, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 30/5/2022, DJe de

Acesso ao Sumário

2/6/2022).
No caso em análise, a inicial descreve de forma adequada e consistente, com respaldo probatório, eventos que extrapolam o mero aborrecimento, e que, invariavelmente, atingem direitos da personalidade, ocasionando dano moral indenizável.
Ademais, dúvidas não há de que os transtornos extrapatrimoniais suportados estão intrinsecamente relacionados à conduta da companhia aérea, que deixou de adotar medidas razoáveis e pertinentes para evitar ou ao menos mitigar os danos suportados e descritos na petição inicial.
Em relação ao quantum, nas ações de indenização por dano moral, cabe ao juiz avaliar e sopesar a dor dos lesados, a fim de lhes propiciar a mais adequada e justa compensação material. Ao fixar o valor da reparação, contudo, deve se atentar para que referido valor não seja tão alto, a ponto de tornar-se instrumento de vingança ou enriquecimento sem causa dos prejudicados, nem tão baixo de maneira a se mostrar indiferente à capacidade de pagamento do ofensor.
O valor da condenação tem efeito reparatório ou compensatório à vítima (reparar ou compensar a dor sofrida) e também de desestimulo ao agente (para que o réu não cometa outros fatos desta natureza). "*A lei não fixa valores ou critérios para a quantificação do dano moral. A indenização, entretanto, deve ter assento na regra do artigo 944 do Código Civil. Por isso, o STJ tem orientado que o valor de reparação do dano moral deve ser arbitrado em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido para a vítima*" (AgInt no AREsp 809.771/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 01/03/2018, DJe 09/03/2018).
Em caso análogo, assim entendeu o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:
APELAÇÃO CÍVEL. Transporte aéreo. Extravio de bagagem. Ação indenizatória. Sentença de procedência, com fixação de danos morais em R$ 4.000,00 para cada autor. Insurgência da corré Decolar. PRELIMINAR. Ilegitimidade passiva. Não configuração. Responsabilidade solidária entre a agência de viagem que vendeu o pacote turístico e a empresa de transporte aéreo. Incidência do Art. 7º, parágrafo único, do CDC. Precedentes desta C. 24ª Câmara. MÉRITO. Falha na prestação de serviços evidenciada. Inversão do ônus da prova, nos termos do Artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Empresas rés que não demonstraram, a teor do Artigo 373, inciso II, do CPC, a ausência de vício na prestação de serviço, devendo responder solidariamente pelos prejuízos causados. Inteligência do Artigo 186 e 927 do CC, e do Art. 14 do CDC. Danos morais in re ipsa. Angústia, preocupação e insegurança, com impactos sensíveis na rotina das férias familiares. Valor da indenização fixada, entretanto, que ensejar redução, vez que não foi demonstrado qualquer prejuízo excepcional, tendo o extravio da bagagem perdurado pelo período de 36 horas. Condenação reduzida para R$ 2.000,00 (dois mil reais) para cada autor,

Acesso ao Sumário

levando em conta critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, bem como as peculiaridades do caso concreto. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1097209-79.2019.8.26.0100; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/02/2022; Data de Registro: 01/02/2022).

APELAÇÃO - INDENIZATÓRIA - TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL - EXTRAVIO DEFINITIVO DE BAGAGEM - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. Argumentos da ré que não convencem - Ré atua como intermediadora na venda de passagens aéreas - Responsabilidade objetiva e solidária do prestador de serviços - Danos morais - Ocorrência - Situação vivenciada pelos autores que ultrapassa o mero dissabor - Extravio de bagagem é causa de aflição, angústia, desassossego de espírito, situação causadora de danos morais e, portanto, apta a embasar condenação ao pagamento da indenização respectiva - Quantum arbitrado em dois mil reais, sendo um mil reais para cada autor, mostra-se razoável e proporcional às peculiaridades do caso em concreto - Redução Impossibilidade. SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1002362-51.2020.8.26.0100; Relator (a): Sergio Gomes; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 34ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/05/2022; Data de Registro: 23/05/2022).

Portanto, à luz das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, entendo razoável a indenização de R$ 7.000,00 por autor (sete mil reais) para cada autor.

Quanto ao apelo dos autores, que buscam a condenação das rés ao pagamento de indenização pelos danos materiais que supostamente lhes teriam causado ao privá-los de seus pertences por cinco dias, como bem assentado pela magistrada prolatora da sentença, as aquisições realizadas pelos autores - produtos de higiene pessoal, roupas, perfumes e hidratantes, maquiagem, mala, sapatos, meias e brinquedos - se incorporaram ao patrimônio de ambos, o que afasta o dever de indenizar.

Importante destacar que os bens comprados não substituíram os objetos perdidos, pois ficou incontroversa a devolução da bagagem, com todos os seus pertences. Assim, não configura dano material o capital desembolsado para a aquisição de coisas em substituição a outras de igual utilidade posteriormente recuperadas, porquanto não se vislumbra a necessária redução patrimonial que o caracteriza.

Assim, de fato, não há que se falar em indenização por danos materiais.

Neste sentido:

AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS SEGURO EXTRAVIO TEMPORÁRIO DE BAGAGEM EM TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA APELAÇÃO DA RÉ - Irresignação da ré com relação à sentença que julgou procedente

Acesso ao Sumário

a ação - Acolhimento - A bagagem das seguradas Natalia e Janaina foi extraviada e devolvida posteriormente - Quando a seguradora pagou a indenização, as passageiras já haviam recebido a mala de volta - Os artigos pessoais que foram comprados pelas passageiras foram acrescidos ao seu patrimônio, assim, não houve dano material - Precedente desta Corte - Em relação à segurada Junnia, antes do ajuizamento desta ação, a companhia aérea ré já tinha indenizado diretamente a passageira, em virtude do mesmo fato - A condenação da ré nesta ação representaria nova indenização pelo mesmo fato, o que é vedado - Sentença reformada. (TJSP; Apelação nº 1077827-95.2022.8.26.0100; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Relator: Marino Neto; Data do Julgamento e da Publicação: 03/08/2023).

AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS. Transporte aéreo internacional. Sentença de parcial procedência. Insurgência de ambas as partes. EXTRAVIO TEMPORÁRIO DE BAGAGEM. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. Observância aos enunciados de súmula vinculante (RE 636331 Tema 210 de Repercussão Geral e ARE 766618). A questão é apreciada segundo a Convenção de Montreal que prevalece sobre as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, para o fim de eventual imposição de sanção à empresa aérea internacional. A autora ajuizou esta ação regressiva, pretendendo o ressarcimento de valor desembolsado, pago a cinco segurados. Conforme Capítulo III da Convenção de Montreal (artigo 17º, alínea 3), "Se o transportador admite a perda da bagagem registrada ou caso a bagagem registrada não tenha chegado após vinte e um dias seguintes à data em que deveria haver chegado, o passageiro poderá fazer valer contra o transportador os direitos decorrentes do contrato de transporte". A indenização só será devida caso a bagagem extraviada não seja devolvida dentro do prazo de vinte e um dias. As bagagens dos segurados foram restituídas em até três dias. Além disso, os bens, de natureza não perecíveis, se incorporam ao patrimônio dos segurados. Não há como atribuir à empresa aérea a responsabilidade fora da hipótese expressamente prevista na Convenção Internacional acima referida. Sentença reformada. Não provido o recurso da autora e provido o recurso da ré. (TJSP; Apelação nº 1020183-68.2020.8.26.0003; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Relator: Helio Faria; Data do Julgamento: 18/10/2021; Data da Publicação: 25/10/2021).

RESPONSABILIDADE CIVIL - Contrato de transporte aéreo - Extravio temporário de bagagem - Responsabilidade objetiva da Ré incontroversa - Dano material - Atraso de dez dias na entrega de bagagem - Não configuração - Inexistência de diminuição patrimonial - Bagagem recuperada intacta - Valores despendidos para a compra de objetos e utensílios pessoais - Incorporação ao seu patrimônio - Inexistência de razoabilidade e essencialidade nas compras efetuadas - Abuso de boa-fé - Despesas com tradução de documento - Ônus do Autor (cf. art. 192, parágrafo úni-

Acesso ao Sumário

co, do CPC/2015) - Dano moral - "Quantum" indenizatório - Quantia fixada em valor ínfimo (R$ 2.000,00) - Necessidade de elevação - Pretensão de arbitramento em R$ 20.000,00 - Descabimento - Indenização fixada em R$ 15.000,00 - Atualização monetária a partir da data deste acórdão - Juros de mora de 1% ao mês desde a citação - Manutenção da sucumbência recíproca das partes - Recurso parcialmente provido (TJSP; Apelação nº 1127514-85.2015.8.26.0100; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Relator: Álvaro Torres Júnior; Data do Julgamento: 23/10/2017; Data da Publicação: 25/10/2017).

Melhor sorte não socorre as rés.

É cediço que o contrato de transporte aéreo impõe obediência aos contratantes, dentre outras coisas, do estabelecimento do dia, hora e local de partida e de chegada e bagagens. Assim, sendo obrigação de resultado, se o contrato não for cumprido, sem que ocorram as excludentes de responsabilidade, obriga-se o transportador a compor os prejuízos suportados pelo passageiro.

Importante destacar que a responsabilidade da companhia aérea em casos como este é objetiva, ou seja, independe da existência de prova da culpa, sendo suficiente a comprovação da relação de causalidade entre o fato e o dano.

No que concerne ao valor da indenização, é certo que o arbitramento do dano moral leva em consideração as funções ressarcitória e punitiva da reparação. Na função ressarcitória, olha-se para a vítima, para a gravidade objetiva do dano que ela padeceu (*Antônio Jeová dos Santos, Dano Moral Indenizável, Lejus Editora, 1.997, p. 62*). Na função punitiva, ou de desestímulo do dano moral, olha-se para o lesante, de tal modo que a indenização represente advertência, sinal de que a sociedade não aceita seu comportamento (*Carlos Alberto Bittar, Reparação Civil por Danos Morais, ps. 220/222; Sérgio Severo, Os Danos Extrapatrimoniais, ps. 186/190*).

Da congruência entre as duas funções é que se extrai o valor da reparação, devendo-se observar ainda fatores como a repercussão do prejuízo, a possibilidade econômica do ofensor e o princípio de que o dano não pode servir de fonte de enriquecimento. No caso concreto, a r. sentença fixou a importância de R$ 7.000,00 (sete mil reais) como forma de compensação pelos prejuízos extrapatrimoniais experimentados pelos autores, valor que se mostra adequado ao equacionamento da relação jurídica de direito material, observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e considerando que a companhia aérea restituiu a bagagem cinco dias depois do extravio.

Assim, é certo que a importância em questão foi fixada com equilíbrio e proporcionalidade, evitando a ocorrência de enriquecimento sem causa daquele que a recebe e, inversamente, o empobrecimento desproporcional, e por isso também ilícito, de quem a paga.

Finalmente, é certo que, nos termos do artigo 405, do Código Civil, o termo inicial da contagem dos juros de mora em casos de indenização por danos

Acesso ao Sumário

morais é a data da citação, como constou da sentença.

Portanto, sem razão as rés.

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

Majoram -se os honorários advocatícios devidos pelas rés ao patrono dos autores para 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação, incluídos os recursais, nos termos do artigo 85, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **nega-se provimento** aos recursos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1036287-73.2022.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes B.M.G.P. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e A.G.S. (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é apelado S.G.P.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para anular a sentença, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59.641 (m))**

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

São Paulo, 6 de fevereiro de 2024.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR TRANSNACIONAL. COMPETÊNCIA.
Sentença de extinção sem mérito, por reconhecimento de incompetência absoluta. Entendimento do Juízo *a quo* apontando para a competência da Justiça portuguesa, país em que reside o menor alimentado. Insurgência. Acolhimento. Afastamento das normas do ECA, por não aplicáveis à espécie. Entendimento doutrinário sobre os termos da Convenção de Nova York no sentido de que a competência para julgamento de demandas sobre alimentos em que uma das

Acesso ao Sumário

partes resida no exterior é flexível, sendo possível o julgamento pela Justiça Estadual. Precedentes do C. STJ. Deferimento da tutela recursal para restabelecimento dos alimentos provisórios. Sentença anulada. Devolução dos autos à origem, para instauração do contraditório que permita a apreciação do binômio legal do art. 1.694, §1º, CC.
APELO PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

1. Recurso de apelação tirado da r. sentença de fls. 139/140 que julgou extinta a ação sem julgamento do mérito, por reconhecimento da incompetência absoluta do Juízo, posto que o menor apelante reside com sua genitora em outro país, onde deve ser proposta a ação.

Apelo às fls. 146/163, requerendo a concessão das benesses da Justiça Gratuita e a concessão de tutela recursal, para restabelecimento dos alimentos provisórios. Sustenta a competência do Juízo *a quo* para processamento da demanda, pela opção do foro do domicílio do demandado, postulando pela fixação de alimentos definitivos.

Contrarrazões às fls. 167/179, apontando ausência de dialeticidade e impugnando a pretensão de concessão das benesses da Justiça Gratuita. No mérito, requer a manutenção da sentença, dado que a regra de competência adotada pelo Juízo *a quo* segue o disposto no artigo 147, I, do ECA. Impugna, ainda, o valor pretendido a título de alimentos.

Parecer da D. Procuradoria às fls. 207/214, pelo provimento do recurso. Oposição ao julgamento virtual à fl. 203.

É o relatório.

2.- O recurso deve ser provido, para anulação da sentença e retorno dos autos à origem.

De partida, quanto à concessão das benesses da Justiça Gratuita, o pleito merece acolhimento. Em que pese pairem fundadas dúvidas sobre a condição econômica da genitora do autor da ação de alimentos, tais não podem ser aplicadas automaticamente ao menor, ante o caráter personalíssimo e individual da postulação.

Assim já decidiu o C. STJ:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO NAS RAZÕES DO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. SÚMULA 284/STF. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS E RECONVENÇÃO COM PEDIDO DE MAJORAÇÃO DE ALIMENTOS. DIREITO AO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA.

Acesso ao Sumário

NATUREZA INDIVIDUAL E PERSONALÍSSIMA. EXTENSÃO A TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES A PARTIR DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DE PESSOA DISTINTA DA PARTE, COMO A REPRESENTANTE LEGAL DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE. VÍNCULO FORTE ENTRE DIFERENTES SUJEITOS DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. AUTOMÁTICO EXAME DO DIREITO À GRATUIDADE À LUZ DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DOS PAIS. IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIOS. TENSÃO ENTRE A NATUREZA PERSONALÍSSIMA DO DIREITO E A INCAPACIDADE ECONÔMICA DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE. PREVALÊNCIA DA REGRA DO ART. 99, § 3º, DO CPC/15. ACENTUADA PRESUNÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE. CONTROLE JURISDICIONAL POSTERIOR. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E CONTRADITÓRIO. RELEVÂNCIA DO DIREITO MATERIAL. ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO INJUSTIFICADA AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO.

1- Recurso especial interposto em 24/06/2022 e atribuído à Relatora em 28/03/2023.

2- Os propósitos recursais consistem em definir: *(i)* se há omissões relevantes no acórdão recorrido; *(ii)* se, em ação judicial que versa sobre alimentos ajuizada por criança ou adolescente, é admissível que a concessão da gratuidade de justiça esteja condicionada a demonstração de insuficiência de recursos de seu representante legal.

3- Não se conhece do recurso especial ao fundamento de violação ao art. 1.022, II, do CPC/15, quando as razões recursais somente se limitam a apontar genericamente a existência de omissões e apenas se reportam aos embargos de declaração opostos na origem, sem, contudo, especificá-las e demonstrá-las nas razões do especial.

4- O direito ao benefício da gratuidade de justiça possui natureza individual e personalíssima, não podendo ser automaticamente estendido a quem não preencha os pressupostos legais para a sua concessão e, por idêntica razão, não se pode exigir que os pressupostos legais que autorizam a concessão do benefício sejam preenchidos por pessoa distinta da parte, como o seu representante legal.

5- Em se tratando de crianças e adolescentes representados pelos seus pais, haverá sempre um forte vínculo entre a situação desses dois diferentes sujeitos de direitos e obrigações, sobretudo em razão da incapacidade civil e econômica da criança ou adolescente, o que não significa dizer, todavia, que se deva automaticamente examinar o direito à gratuidade a

Acesso ao Sumário

que poderiam fazer jus o menor à luz da situação financeira de seus pais.

6- A interpretação que melhor equaliza a tensão entre a natureza personalíssima do direito à gratuidade e a notória incapacidade econômica das crianças e adolescentes consiste em aplicar, inicialmente, a regra do art. 99, § 3º, do CPC/15, deferindo-se o benefício em razão da presunção da insuficiência de recursos, ressalvada a possibilidade de o réu demonstrar, com base no art. 99, § 2º, do CPC/15, a posteriori, a ausência dos pressupostos legais que justificam a gratuidade, o que privilegia, a um só tempo, os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do contraditório.

7- É igualmente imprescindível que se considere a natureza do direito material que é objeto da ação em que se pleiteia a gratuidade da justiça e, nesse contexto, não há dúvida de que não pode existir restrição injustificada ao exercício do direito de ação em que se busque a fixação, o arbitramento ou o adimplemento de obrigação de natureza alimentar.

8- O fato de o representante legal das partes possuir atividade remunerada ou o elevado valor da obrigação alimentar não podem, por si só, servir de impedimento à concessão da gratuidade de justiça às crianças e adolescentes credoras de alimentos, especialmente quando incerta e ainda pendente severa controvérsia entre os pais a respeito de suas efetivas necessidades.

9- Recurso especial conhecido e provido, para deferir o benefício da gratuidade da justiça ao recorrente, prejudicado o exame da questão sob a ótica do dissenso jurisprudencial (STJ; Recurso Especial nº 2.057.894/SP; Relatora: Ministra Nancy Andrigui; Terceira Turma; Data do julgamento: 17/10/2023 - grifou-se).

Com o deferimento da Justiça Gratuita, o recurso é cognoscível, devendo ser afastada a arguição de ocorrência de violação ao princípio da dialeticidade, já que bem expostos os argumentos pelos quais se pretende infirmar a r. sentença.

Quanto à competência, o cerne da questão situa-se no fato de que o menor alimentando reside com sua genitora na cidade de Lisboa, em Portugal, tendo sido proposta ação de alimentos no foro de domicílio do genitor alimentante, qual seja, o foro regional de Santana, na Comarca de São Paulo. O r. Juízo *a quo* extinguiu o feito sem julgamento de mérito, sob o entendimento de que a competência toca à Justiça portuguesa, local de residência do menor.

Inicialmente, para fixação da competência, há que se afastar a incidência do artigo 147, incisos I e II do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), como havido pelo Juízo de origem e como postulado pelo recorrido, dado que tal competência está relacionada ao Juízo de Infância e Juventude.

Tal Juízo é competente para processamento de ações de alimentos (art. 148, parágrafo único, alínea 'g', ECA) somente quando o menor se enquadrar

Acesso ao Sumário

nas hipóteses do artigo 98 da mesma legislação - o que não se ajusta às hipóteses dos autos. A legislação a ser contemplada para dirimir o conflito passa ao largo de tal discussão.

Como bem leciona o festejado doutrinador André de Carvalho Ramos, "*a temática dos alimentos transnacionais está vinculada ao crescimento das famílias integradas por pessoas com nacionalidade, domicílio e residências diversas, o que vem ser (mais) um reflexo da sociedade hipermóvel dessas últimas décadas*"[1].

Toda a celeuma reside em uma aparente contradição entre os seguintes dispositivos: de um lado, o artigo 22, inciso I, alínea "a" do Código de Processo Civil, que prevê que "*compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações* [inciso I] *de alimentos, quando* [alínea a] *o credor tiver domicílio ou residência no Brasil*"; de outro lado, o artigo 26 da Lei nº 5.478/1968 (dita Lei de Alimentos) que prevê que "*é competente para as ações de alimentos decorrentes da aplicação do Decreto Legislativo nº. 10, de 13 de novembro de 1958, e Decreto nº. 56.826, de 2 de setembro de 1965, o juízo federal da Capital da Unidade Federativa Brasileira em que reside o devedor, sendo considerada instituição intermediária, para os fins dos referidos decretos, a Procuradoria-Geral da República*", anotando-se que os decretos referidos na legislação são referentes à adesão e promulgação da Convenção de Nova York pelo Brasil.

E, isto posto, observa o Professor André de Carvalho Ramos[2]:

> *No tocante à fixação da jurisdição, a Convenção também é flexível. Admite que a ação seja promovida no a) Estado de domicílio ou residência habitual do credor ou b) no Estado de domicílio ou residência habitual do devedor; ou c) no Estado com o qual o devedor mantiver vínculos econômicos, tais como posse de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios* (grifou-se).

Assim é que, apreciando a divergência, a doutrina pátria tem se inclinado pela ausência de regra rígida para fixação de competência em ação de alimentos de caráter transnacional. Assim entende Mazzuoli[3]:

> *Para nós, não se hão de adotar regras rígidas para a localização da lei aplicável às obrigações alimentares fundadas em relação de parentesco, pois o uso inflexível das leis pessoais tanto do devedor como do credor (ou de outras) é notadamente insuficiente para resolver com justiça os casos concretos, especialmente quando se leva em conta que os alimentos são prestados a crianças ou jovens quase sempre fragilizados (dada a distância domiciliar dos pais) e carentes de completa integração no país de residência habitual (...) uma solução rígida para a questão pode levar*

1 RAMOS, André de Carvalho. Curso de direito internacional privado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 186.

2 Mesma obra, p. 189.

3 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional privado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 368.

Acesso ao Sumário

a resultados injustos, sobretudo para o vulnerável. Daí a conclusão de que a norma alimentar a ser aplicada pelo juiz há de ser sempre a mais favorável ao alimentando, seja tal norma a sua lei pessoal, da sua nacionalidade, do domicílio, residência ou nacionalidade do devedor ou, em última análise, a lex fori (caso esta não se confunda com uma ou outra). O "diálogo das fontes" (internacionais e internas) leva também a esse entendimento, à luz do princípio pro homine; mesmo havendo tratado internacional a determinar certa lei como aplicável, a norma convencional há de ceder ante outras normas mais benéficas aos seres humanos sujeitos de direito (grifou- se).

Como última observação sobre o tema, mister ressaltar que o C. STJ permite entrever entendimento que aponta para a competência da Justiça Estadual para tal espécie de demanda. As observações que seguem derivam dos julgamentos dos *(i)* Agravo Interno no Conflito de Competência nº 175.007/PE, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 24/08/2021 e; *(ii)* Conflito de Competência nº 103.390/SP, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, DJe 30/09/2009. Em tais expedientes, a Corte Superior dirimiu conflitos de competência entre as Justiças Federal e Estadual para processar ação revisional de alimentos em que uma das partes residia no exterior.

Os referidos conflitos se deram em razão da previsão normativa que determina a intervenção da Procuradoria-Geral da República a qual, como leciona André de Carvalho Ramos, atua como autoridade central responsável pelo envio e recebimento de pedidos de cooperação que tenham como fundamento a Convenção de Nova York (art. 33, XIII, da Portaria PGR/MPF n. 554, de 13 de agosto de 2014)[4].

Alhures, por dispensável o protocolo de cooperação, restou dispensada a atividade da Procuradoria-Geral da República (como também é dispensável no caso em tela), fixando-se a competência da Justiça Estadual para julgamento da ação revisional de alimentos em que uma das partes da obrigação alimentar residia no exterior, a confirmar o entendimento doutrinário anteriormente exposto sobre a competência deste Tribunal Estadual para processamento da presente demanda.

Acesso ao Sumário

Quanto ao pleito de julgamento imediato do valor da pensão alimentícia, tem-se que a quantificação da verba alimentar é providência que exige razoabilidade e proporcionalidade e deve obedecer ao binômio necessidade-possibilidade, à luz do artigo 1.694, §1º, do Código Civil.

Compulsando-se os autos de origem, vê-se que a prolação de sentença de extinção deu-se após a oferta de réplica, sem que as partes tenham sido instadas à produção de prova. Logo, a apreciação do pedido importaria em supressão de

4 Mesma obra, p. 188.

instância e em violação ao contraditório e à ampla defesa.

Assim, a sentença prolatada às fls. 139/140 deve ser anulada, para retorno dos autos à origem, para que seja instaurada a dilação probatória e, posteriormente, seja realizada a devida análise de mérito.

Ao cabo, quanto à tutela recursal, para restabelecimento dos alimentos provisórios que foram revogados com a prolação de sentença de extinção, comporta deferimento, nos termos do artigo 995, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Os alimentos provisórios, nos termos da Lei nº 5.478/68, destinam-se ao suprimento das necessidades urgentes e relacionadas à sobrevivência do alimentado. Como se vê da contestação de fls. 68/73, o recorrido não impugna a obrigação alimentar, mas apenas o seu *quantum*, o que será oportunamente apreciado. Assim, para custeio da subsistência do menor no curso da instrução, fica restabelecida a decisão de fls. 53/54, fixando-se alimentos provisórios em 50% do salário mínimo vigente, em caso de desemprego ou labor autônomo ou em 25% dos rendimentos líquidos do genitor, em caso de vínculo formal de trabalho.

3.- Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso para anular a r. sentença, nos termos da fundamentação supra, observando-se a concessão de tutela recursal para restabelecimento dos alimentos provisórios.

APELO PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA, COM OBSERVAÇÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009191-68.2022.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SINDICATO DOS TECNÓLOGOS, TÉCNICOS E AUXILIARES EM RADIOL., DIAG. POR IMAGENS E TERAPIA NO EST. DE SÃO PAULO - SINTARESP, é apelado AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S/A.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43478)**

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

São Paulo, 6 de fevereiro de 2024.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. NOTÍCIAS VEICULADAS POR SINDICATO. ABUSO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais. Sentença que julgou os pedidos iniciais procedentes, com condenação do Sindicato réu ao pagamento de indenização por danos morais (R$ 20.000,00), determinação de exclusão das notícias veiculadas e retratação. Recurso do réu. Insurgência que não comporta acolhimento. Notícias que indicam possíveis irregularidades no setor radiológico de operadora de plano de saúde, com possibilidade de contaminação em massa. Sindicato que não diligenciou antes da divulgação das informações na busca pela informação verossímil, tampouco comprovou a existência de denúncias anônimas. Inspeção sanitária realizada em procedimento instaurado junto ao MPT que não constatou todas as irregularidades divulgadas. Conjunto probatório que indica a ausência de veracidade do conteúdo publicado e o intuito prejudicial das notícias. Sindicato que admitiu estar insatisfeito com o responsável pelas relações sindicais do grupo da autora e, por essa razão, faria as denúncias, que não se confirmaram. Réu, reincidente, condenado em processo anterior movido pela mesma operadora de plano de saúde. Abuso do direito à liberdade de expressão. Violação à honra objetiva da pessoa jurídica verificada no caso concreto. Sentença preservada. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO".

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ***ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais*** intentada por **AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A.** em face de **SINDICATO DOS TECNÓLOGOS E AUX. EM RADIOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO (SINTTARESP)**. O relatório da sentença, que se adota, bem resume os principais aspectos da causa:

> "Alegou que a parte ré publicou e disseminou, em seu sítio eletrônico, matérias com informações de acusações falsas, infundadas e sem provas. Aduz que as informações publicadas tem cunho difamatório com a finalidade de desestabilizar a relação da autora com colaboradores, parceiros, paciente e induzir a negociação da Convenção Coletiva

sindical. Afirma que as publicações da parte ré extrapolam os limites da crítica e a liberdade de expressão, atingindo a moral, honra e imagem. Requer antecipação dos efeitos da tutela para determinar que a parte ré retire as publicações de falso teor e publique, nos mesmos veículos, a retratação. Requer também a condenação da parte ré no pagamento da indenização por dano moral no valor de R$50.000,00 (cinquenta mil reais). Juntou os documentos de fls. 67/526).

A tutela de urgência foi deferida (fls.527/528).

Citada (fls. 537), a ré apresentou contestação às fls.538/574. Arguiu a falta de interesse de agir. Alega que recebeu denúncias de profissionais da categoria que prestam serviços nos nosocômios geridos pela parte autora. Que as denúncias foram encaminhadas aos órgãos fiscalizadores competentes e comunicadas ao Ministério Público do Trabalho. Aduz que a parte autora negou atendimento da parte ré para apuração das denúncias, expulsando os seus representantes de forma agressiva. Afirma que os relatórios do Ministério Público do Trabalho comprovam as irregularidades apontadas nas publicações. Discorreu sobre o relatório, sobre a liberdade sindical, impugnou o pedido de indenização moral e o pedido liminar. Requereu a condenação da parte autora na litigância de má-fé. Requereu, também a improcedência do pedido. Juntou os documentos de fls. 589/800.

Réplica às fls. 804/816.

O réu foi intimado para manifestação quanto a documentos juntados, apresentando manifestação às fls.831/832.

É o relatório.".

Ao fim, a r. sentença julgou o pedido **procedente** para: **(i)** condenar o réu ao pagamento de R$ 20.000,00 a título de danos morais; **(ii)** condenar o réu na obrigação de fazer consistente na exclusão das publicações com conteúdo ofensivo em seu site e páginas pessoais nas redes sociais; **(iii)** condenar o réu na obrigação de fazer consistente na publicação de retratação, sob pena de incidência de multa diária.

Ônus de sucumbência atribuídos ao réu. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação (fls. 833/837).

Os **Embargos de Declaração** opostos pela **AUTORA** (fls. 840/841) foram **acolhidos** para sanar erro material sobre a correção monetária e os juros remuneratórios. Assim, o dispositivo da r. sentença passou a constar com a seguinte redação: "*condenar o réu no pagamento de indenização por danos morais, em favor da autora, fixados em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), atualizados monetariamente pela tabela prática do E. Tribunal de Justiça, desde a presente data, acrescidos de juros de mora à taxa de 1% ao mês, desde a data da publicação, nos termos das Súmulas 54 e 362 do STJ*" (fl. 842).

Nas razões do apelo, o **RÉU** sustenta, em síntese, que: **(i)** a determinação de retirada da matéria do ar impede que as entidades sindicais alertem, infor-

Acesso ao Sumário

mem e orientem a categoria profissional sobre as possíveis violações de direitos e os riscos da profissão; **(ii)** a matéria não enseja afronta ao direito de imagem ou abuso de direito, tampouco implica em abalo indenizável; **(iii)** atua em favor da área radiológica, que apresenta riscos aos profissionais; **(iv)** recebeu denúncias graves sobre irregularidades envolvendo a autora, razão pela qual comunicou autoridades (ANVISA e MPT) e publicou as matérias informativas em seu site; **(v)** as matérias não contém acusações levianas e indicam a necessidade de apuração pormenorizada dos fatos; **(vi)** os fatos foram tratados como "supostos, suspeito e/ou possíveis"; **(vii)** não houve ofensa à imagem da autora, pois o site no qual as matérias foram divulgadas é destinado aos profissionais da categoria; **(viii)** a Constituição garante a liberdade de imprensa, opinião e manifestação do pensamento; **(ix)** a entidade sindical vistoriou o estabelecimento e constatou diversas irregularidades, como infiltração na sala de raio-x e vencimento do teste de controle de validade; **(x)** o MPT instaurou inquérito civil para aprofundar as investigações; **(xi)** o pedido inicial é improcedente (fls. 845/864).

O recurso é tempestivo.

Contrarrazões ofertadas (fls. 869/883).

Houve expressa **oposição ao julgamento virtual** pela **AUTORA** (fl. 887).

Custas complementadas (fl. 894).

É O RELATÓRIO.

Tratando-se de liberdade de expressão, a regra geral é a da inexistência de caráter absoluto. Isso porque o direito tutelado encontra limites no exercício abusivo e na responsabilidade civil. Faz-se necessária, ainda, a observância da verossimilhança das informações retratadas; a existência de interesse público ou social; e a salvaguarda dos direitos dos sujeitos referidos.

A respeito do tema, o C. **Superior Tribunal de Justiça** já firmou entendimento nos seguintes sentidos:

> "(...) 1. A liberdade de informação e a liberdade de expressão (em sentido estrito), ao fornecerem meios de compreensão da realidade - e, consequentemente, propiciarem o desenvolvimento da personalidade -, conectam-se tanto à noção de dignidade humana quanto à de democracia, pois o livre fluxo de informações e a multiplicidade de manifestações do pensamento são vitais para o aprimoramento de sociedades fundadas no pluralismo político, a exemplo da brasileira (FAVERO, Sabrina; STEINMETZ, Wilson Antônio. Direito de informação: dimensão coletiva da liberdade de expressão e democracia. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 16, n. 3, set./dez. 2016, pp. 639-655).
>
> 2. A liberdade de imprensa, nesse cenário, constitui modalidade qualificada das liberdades de informação e de expressão; por meio dela, assegura-se a transmissão das informações e dos juízos de valor pelos jornalistas ou profissionais integrantes dos veículos de comunicação social de massa, notadamente emissoras de rádio e de televisão, editoras

Acesso ao Sumário

de jornais e provedores de notícias na internet.

3. **Conquanto seja livre a divulgação de informações, conhecimento ou ideias - mormente quando se está a tratar de imprensa -, tal direito não é absoluto nem ilimitado, revelando-se cabida a responsabilização pelo abuso constatado quando, a pretexto de se expressar o pensamento, invadem-se os direitos da personalidade, com lesão à dignidade de outrem.** Assim, configurada a desconformidade, o ordenamento jurídico prevê a responsabilização cível e criminal pelo conteúdo difundido, além do direito de resposta.

4. Nessa linha de raciocínio, não se pode olvidar que, **além do requisito da "verdade subjetiva" - consubstanciado no dever de diligência na apuração dos fatos narrados (ou seja, o compromisso ético com a informação verossímil) -, a existência de interesse público também constitui limite genérico ao exercício da liberdade de imprensa (corolária dos direitos de informação e de expressão).**

5. Ademais, sempre que identificada, no caso concreto, **a agressão injusta à dignidade da pessoa - vale dizer: conduta causadora de angústia, dor, humilhação ou sofrimento que extrapolem a normalidade da vida cotidiana, interferindo intensamente no equilíbrio psicológico do indivíduo -, o exercício do direito à informação ou à expressão deverá ser considerado abusivo**, sendo permitida a intervenção do Estado-Juiz a fim de estabelecer medida reparatória da lesão a direito personalíssimo. (...)"

(STJ, REsp n. 1.729.550/SP, relator **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**, Quarta Turma, julgado em 11/5/2021, DJe de 4/6/2021, **destaque não original**)

"(...) A liberdade de informação, de expressão e de imprensa, por não ser absoluta, encontra limitações ao seu exercício compatíveis com o regime democrático, tais como o **compromisso ético com a informação verossímil; a preservação dos direitos da personalidade; e a vedação de veiculação de crítica com fim único de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi)**. (...)" (STJ, REsp 1586435/PR, Rel. **Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO**, QUARTA TURMA, julgado em 29/10/2019, DJe 18/12/2019, **destaque original)**.

No caso concreto, cinge-se a controvérsia sobre duas notícias veiculadas pelo Sindicato réu em seu site e páginas pessoais nas redes sociais. São elas:

Notícia 1 - "*SINTTARESP DENUNCIARÁ HOSPITAIS DO GRUPO AMIL POR SUPOSTAS IRREGULARIDADES. Anselmo Carlos Soares, profissional responsável pelas negociações com grupo, é despreparado para o cargo*" que tem o seguinte teor:

"O SINTTARESP comunica toda a categoria que realizará denúncia junto à Anvisa e ao Ministério Público do Trabalho por supostas irregularidades envolvendo hospitais do Grupo Amil. Veja quais serão alvo de denúncias: (...)

O responsável pelas relações sindicais do Grupo Amil, ANSELMO

Acesso ao Sumário

> CARLOS SOARES, está fazendo o sindicato travar uma batalha desnecessária para resolver a questão. Anselmo é uma pessoa autoritária, arrogante e não tem a capacidade de negociação que seu cargo exige. E por conta da arrogância do senhor Anselmo Carlos Soares o SINTTARESP fará as denúncias. (...)" (fls. 67/69).

Notícia 2 - "*SINTTARESP DENUNCIA GRUPO AMIL AO MPT E ANVISA. Supostas irregularidades sanitárias no setor radiológico*" que tem o seguinte teor:

> "(...) A denúncia realizada pelo SINTTARESP trata sobre a possibilidade de a empresa possuir aparelhos de diagnósticos por imagem em desconformidade com o que é exigido pela vigilância sanitária, não haver material de higiene suficiente e nem esterilização de equipamentos.
>
> O teor da denúncia também cita a possibilidade de os dejetos oriundos da revelação do filme utilizados nos exames de Raio-X estarem sendo lançados diretamente na rede de esgoto e manutenção dos aparelhos sem proteção radiológica, podendo PROVOCAR CONTAMINAÇÃO RADIOLÓGICA EM MASSA, A PACIENTES E PROFISSIONAIS QUE CIRCULAM NO LOCAL!!!
>
> Tudo isso aliado a possíveis diversos problemas de infraestrutura básicos para a devida acomodação de pacientes e profissionais. (...)" (fls. 70/73)

A autora aduz que as matérias veiculadas são sensacionalistas, difamatórias e falaciosas, pugnando, em suma, pela remoção, retratação e pagamento de indenização por danos morais. O réu, por sua vez, sustenta o exercício regular de direito e a improcedência dos pedidos iniciais.

O caso, portanto, transborda para o Direito Constitucional, pois abrange o conflito de direitos protegidos pela Carta, quais sejam: a liberdade de expressão e os direitos da operadora do plano de saúde. Assim, é preciso a ponderação de valores, eis que "*como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição*" (**BARROSO, Luis Roberto**. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 265).

A r. sentença, que julgou os pedidos iniciais procedentes, **é mantida**.

A despeito das insurgências recursais, o apelante não demonstrou o exercício regular da liberdade de expressão. Da análise dos autos, verifica-se, em verdade, que as notícias possuem claro conteúdo valorativo da situação retratada - o que não se confunde com o mero apontamento informativo.

Além disso, não há evidências concretas da veracidade dos dados divulgados, tampouco indícios de que o réu adotou as cautelas necessárias à análise da verossimilhança antes da veiculação. Com efeito, as visitas aos estabeleci-

Acesso ao Sumário

mentos da autora para apuração da situação apenas ocorreram posteriormente, na ocasião do ajuizamento de processo administrativo junto ao MPT.

Os relatórios de vistoria técnica realizados pelo réu indicam, em suma, as seguintes irregularidades: (a) ausência de dosímetros (instrumento de medição que indica a exposição ou a dose de radiação absorvida); (b) armazenamento inadequado ou insuficiência de EPIs; (c) falta de fixação de certificação e de laudo de dosimetria em local aparente; (d) infiltração no teto; (e) salas inapropriadas para realização de exames em razão da falta de ventilação, o que torna o local abafado e com concentração de radiação ionizante; (f) falta da apresentação de documentação necessária; (g) aparelhos quebrados; (h) ar condicionado avariado (fls. 675/731).

No procedimento administrativo instaurado junto ao MPT (nº 002964.2022.02.000/2) o Sindicato sequer apresentou cópia das denúncias anônimas, mesmo quando intimado para tanto (fls. 500/501). Tal inércia igualmente permaneceu em âmbito judicial durante o transcurso da presente demanda, o que fragiliza a veracidade da tese de defesa (CPC, art. 373, II).

A conduta do recorrente, portanto, destoa do posicionamento firmado pelo C. **Superior Tribunal de Justiça**, segundo o qual "*A liberdade de informação diz respeito a noticiar fatos, e o exercício desse direito apenas será digno de proteção quando presente o* ***requisito interno da verdade****, pela ciência da realidade, que* ***não se exige seja absoluta, mas aquela que se extrai da diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos.***" (STJ, REsp 1897338/DF, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 05/02/2021, destaque não original).

Cumpre ressaltar que, a utilização de termos como "supostos, suspeito e/ou possíveis" não é suficiente para legitimar a conduta do réu. Na verdade, a publicação de narrativa unilateral, com seleção de informações e sem lastro probatório certamente induzem o leitor a uma conclusão negativa sobre a autora.

Ademais, infere-se que a conduta do réu não é isolada, sendo que o sindicato já foi anteriormente condenado ao pagamento de indenização por danos morais à autora por abuso na veiculação de informações. A questão foi analisada nos autos nº 1086808-55.2018.8.26.0100 (fls. 79/88) e o julgamento teve a ementa assim redigida:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL - Publicação de matéria em site e redes sociais de Sindicato da categoria, com graves acusações contra a autora - Sentença de improcedência - Recurso da autora - Admissibilidade - **Abuso do direito de informar configurado, na publicação de denúncias sem qualquer apuração de sua veracidade - Dano moral que se reconhece - Indenização fixada em R$ 10.000,00, e determinação de retirada do texto e da publicação de nota de retratação no mesmo local** - RECURSO PROVIDO EM PARTE." (TJSP; Apelação

Acesso ao Sumário

Cível 1086808-55.2018.8.26.0100; Relator (a): **MIGUEL BRANDI**; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VI - Penha de França - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/11/2019; Data de Registro: 18/11/2019, **destaque não original**)

A autora, por sua vez, coligiu aos autos diversos documentos - levantamentos, testes, certificados, relatórios, licença, etc. - que foram apresentados em Juízo e ao MPT a fim de demonstrar a regularidade de seus estabelecimentos (fl. 101/458) (CPC, art. 373, I).

Nota-se também que, após a realização de inspeções sanitárias pelo órgão competente, a conclusão majoritária foi a seguinte: "não constatada a procedência da denúncia" (fls. 817/827).

À vista do exposto, verifica-se a distorção dos acontecimentos e o abuso do exercício de liberdade de expressão pelo Sindicato. A situação, portanto, viola a honra objetiva da autora, sendo evidente que as notícias veiculadas são capazes de prejudicar a operadora do plano de saúde perante clientes e parceiros comerciais.

Nesse âmbito, convém destacar que, de acordo com o entendimento consolidado do C. **Superior Tribunal de Justiça**, "*toda a edificação da teoria acerca da possibilidade de pessoa jurídica experimentar dano moral está calçada na violação da honra objetiva, consubstanciada em atributo externalizado, como uma mácula à imagem, à admiração, ao respeito e à credibilidade no tráfego comercial.*" (STJ, AgInt no AgInt no REsp 1455454/PR, Rel. **Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO**, QUARTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 20/04/2018).

É, pois, manifesto o dever de indenizar.

Mantém-se, portanto, o montante fixado pelo Juízo de origem (R$ 20.000,00) e as condenações nas obrigações de fazer em observância à reincidência do réu, aos parâmetros adotados por este Tribunal de Justiça e à ausência de impugnação expressa do recorrente em sentido diverso.

Em conclusão, a r. sentença é preservada.

Os honorários advocatícios por ela arbitrados são majorados para 15% sobre o valor da condenação, na forma do art. 85, §2º e 11 do CPC.

Por derradeiro, para evitar a costumeira oposição de embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por ventilados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais citados no recurso interposto. Vale lembrar que a função do julgador é decidir a lide e apontar, direta e objetivamente, os fundamentos que, para tal, lhe foram suficientes, não havendo necessidade de apreciar todos os argumentos deduzidos pelas partes, um a um. Sobre o tema, confira-se a jurisprudência (STJ, EDcl no REsp nº 497.941/RS, Rel. Min. **FRANCIULLI NETTO**, publicado em 05/05/2004; STJ, EDcl no AgRg no Ag nº 522.074/RJ, Rel. Min. **DENISE ARRUDA**, publicado em 25/10/2004).

Acesso ao Sumário

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001445-87.2021.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante VANILDA REZENDE DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada LUIZ PEREIRA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40109)**

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

São Paulo, 6 de fevereiro de 2024.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: CORRETAGEM. Ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais. Pedidos julgados improcedentes. Autora que teve apenas contato inicial com o comprador por WhatsApp, fornecendo-lhe fotos e informações sobre o endereço e o preço. Venda que se concretizou em razão de aproximação feita entre o comprador e o vendedor feita por terceiro. Ausência de resultado útil decorrente da atuação da autora. Inexistência de direito à comissão postulada. Má-fé do vendedor não demonstrada. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de pedido de cobrança cumulada com indenização por danos morais, julgados improcedentes pela respeitável sentença de fls. 224/225, cujo relatório se adota, sob o fundamento de que a autora não comprovou ter atuado de forma útil para a concretização da venda do imóvel ou a alegada má-fé do réu, em virtude do que ela foi condenada a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 15% do valor da causa.

Inconformada, ***apela a autora*** sustentando que é incontroverso que ela atendeu o réu na primeira etapa da venda do imóvel; que o negócio não teria se realizado sem a sua atuação, de modo que não há como se entender que não

Acesso ao Sumário

houve atuação útil de sua parte; que o comprador escolheu o terreno que mais lhe interessou dentre as opções que lhe foram apresentadas por ela; que o comprador e o réu negociaram a partir da apresentação inicial feita por ela; que é patente a má-fé do réu, que deixou o terreno para ser vendido na imobiliária, utilizou-se dos seus serviços e posteriormente realizou o negócio sem lhe comunicar e pagar a comissão devida, incluindo um terceiro que sequer poderia intermediar a negociação; que, portanto, ela faz jus à comissão de corretagem e deve ser indenizada pelos danos morais suportados (fls. 228/232).

Houve resposta (fls. 236/242).

É o essencial a ser relatado.

O apelo não é de ser provido.

Narra a petição inicial que, em 25/01/2021, Gabriel Augusto da Silva procurou a imobiliária em que a autora presta serviços pois pretendia adquirir um terreno e a autora lhe mostrou os imóveis disponíveis, dentre os quais o do réu, pelo qual foi feita proposta no valor de R$130.000,00. Posteriormente, no entanto, recebeu ligação do réu informando que o imóvel havia sido vendido para um conhecido e que deveria ser retirado do quadro de anúncios da imobiliária. Desconfiada que o imóvel tivesse sido vendido para o seu cliente, a autora entrou em contato com ele e, em seguida, diligenciou junto ao Cartório de Registro de Imóveis, onde constatou que de fato o réu alienou o terreno para Gabriel. A autora argumentou que o réu agiu de má-fé, que faz jus à comissão de corretagem pelo negócio concretizado e que a conduta do réu gerou para ela danos morais. Pediu, assim, a condenação do réu ao pagamento de comissão de corretagem no valor de R$7.800,00 e indenização por danos morais no importe de R$10.000,00.

Os pedidos foram julgados improcedentes e, em que pese o inconformismo manifestado, a respeitável sentença recorrida não comporta reparos.

O contrato de corretagem, regulado nos artigos 722 a 729, ambos do Código Civil, é aquele pelo qual uma parte se obriga para com outra a aproximar interessados e obter a conclusão de negócios, sem subordinação e mediante remuneração. O corretor cumpre sua função aconselhando a conclusão do contrato, informando as condições do negócio e procurando conciliar os interesses das pessoas que aproxima.

Para que faça jus à remuneração, o corretor deve obter o resultado útil previsto no contrato de mediação, ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes (Código Civil, artigo 725).

Vale dizer que não basta servir de intermediário, aproximar as partes, pôr em contato a oferta e a procura. É preciso mais: que entre ofertante e pretendente se estabeleça acordo sobre as condições substanciais do negócio; que ele fique virtualmente fechado, moralmente consolidado, faltando, apenas, a solenização legal do formalismo jurídico.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que somente se a corretagem for ajustada com exclusividade, a lei outorga ao corretor o recebimento da comissão, independentemente da efetiva finalização da mediação (artigo 726 do Código Civil).

Em suas razões recursais a autora argumenta que o contato inicial mantido com o comprador foi essencial para que ao final ele adquirisse o imóvel, de modo que não se poderia entender que não houve atuação útil de sua parte.

À luz das considerações acima expostas acerca do contrato de corretagem, a tese defendida pela autora evidentemente não se sustenta, pois a mera atuação inicial - que no caso consistiu apenas no envio de fotos e poucas informações sobre o endereço e o preço do imóvel por WhatsApp - não se confunde com a aproximação útil exigida por lei para que o corretor faça jus à comissão pela intermediação de negócio entre terceiros.

A autora instruiu a petição inicial com print da conversa que teve com o comprador do imóvel, Gabriel Augusto da Silva, por WhatsApp (fls. 20/27), e nesta constam em sua maioria links de terrenos. Às fls. 25 vê-se que a autora disse a Gabriel que o proprietário lhe havia informado que havia outra pessoa interessada no terreno e que se ele tivesse gostado para mandar proposta.

Não se extrai de referida conversa efetiva aproximação ou negociação, mas tão somente o fornecimento de informações simples (fotos e endereço) sobre o imóvel.

A testemunha Kleber Valério Sacramento, que trabalha na mesma imobiliária que a autora, afirmou que eles normalmente não trabalham com exclusividade, de modo que o cliente pode colocar seu imóvel para venda em diversas imobiliárias, e eles só pedem que o cliente informe caso o bem seja vendido.

Referida testemunha disse ainda que como a cidade é pequena, exatamente para evitar a perda de vendas, eles não informam aos vendedores e aos interessados os nomes das pessoas envolvidas na negociação até a etapa final, "no fechamento da venda".

A testemunha Luiz Alfredo de Oliveira Junior, que também trabalha na imobiliária, afirmou que na maioria das vezes os contratos são assinados sem exclusividade, para deixar os clientes mais confortáveis e para que eles possam agilizar a venda.

As testemunhas Kleber e Luiz não sabiam se a autora chegou a mostrar o imóvel para Gabriel, e tinham ciência apenas de que ela havia conversado com ele por WhatsApp, mas sem maiores detalhes sobre o que foi efetivamente tratado.

Gabriel Augusto da Silva, que adquiriu o imóvel do réu, declarou que mora no bairro e que quando se interessou em comprar um terreno pesquisou diversos imóveis em várias imobiliárias e sites de internet (inclusive Mercado Livre o OLX). Afirmou que sobre o imóvel do réu não havia muitas informações no site da imobiliária da autora, então que solicitou informações básicas sobre o

Acesso ao Sumário

endereço e valore foi apenas este o contato que teve com ela, sendo-lhe encaminhado apenas o link do site e as fotos que ali existiam.

Esclareceu que nunca foi visitar o imóvel com a autora e que, posteriormente, comentou com um conhecido de seu pai (Nivaldo), com quem já tinha visitado outro imóvel, sobre o terreno do réu, sendo que a partir disso Nivaldo realizou diligências e descobriu quem era o proprietário e obteve o seu contato. Nivaldo, então, procedeu à negociação entre Gabriel e o réu, que ele somente conheceu no cartório, no dia em que foi lavrada a escritura e efetuada a transferência de pagamento.

Gabriel ressaltou que o contato com a autora foi apenas uma abordagem preliminar, não foi feita nenhuma proposta, reserva ou pré-contrato, e disse que também não houve esforço por parte da imobiliária em vender o imóvel.

O depoimento pessoal do réu, colhido de ofício pelo Magistrado *a quo*, também foi no sentido de que foi Nivaldo que entrou em contato com ele afirmando que tinha um comprador para o seu terreno, sendo que na ocasião sequer lhe disse o nome de Gabriel, e que o encontro entre eles foi marcado diretamente no cartório.

O conjunto probatório deixa claro, portanto, que a atuação da autora não gerou aproximação útil entre o réu e o comprador e que, na verdade, ela não contribuiu em nada para a concretização do negócio. De outro lado, não há elementos mínimos que corroborem a alegação de que o réu agiu de má-fé.

Em casos análogos ao presente, ademais, assim já se decidiu:

APELAÇÃO. Corretagem. Compra e venda de imóvel. Ação de cobrança. Sentença de improcedência. Insurgência dos autores. Justiça gratuita. Ausência de comprovação de hipossuficiência. Diferimento das despesas processuais. Acolhimento. Comprovação de que a compra e venda foi concluída pela intermediação de outro corretor. Ausência de exclusividade. Comissão de corretagem que não é devida. Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO. **(TJSP; Apelação Cível 1006681-47.2021.8.26.0223; Rel. Luis Roberto Reuter Torro; 27ª Câmara de Direito Privado; j. 31/10/2023)**

APELAÇÃO. Ação condenatória. Cobrança de comissão de corretagem, por suposta aproximação entre vendedor e comprador de imóvel. Sentença de parcial procedência. Insurgência do réu. - Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Impertinência, inutilidade e desnecessidade da prova adicional pretendida. Preliminar rejeitada. - Negócio que não ocorreu como fruto da mediação da autora. Resultado útil obtido por intermediação de outro corretor que foi remunerado pelo serviço prestado. Ausente cláusula de exclusividade no contrato firmado entre autora e requerido. Comissão indevida. Impositiva a total improcedência da ação. Sentença reformada, com alteração dos encargos de sucumbência. RECURSO

Acesso ao Sumário

PROVIDO. **(TJSP; Apelação Cível 1011175-16.2020.8.26.0602; Rel. Claudia Menge; 36ª Câmara de Direito Privado; j. 30/10/2023)**

(...). MEDIAÇÃO - COBRANÇA - COMISSÃO DE CORRETAGEM - INTERMEDIAÇÃO EM TRANSAÇÃO IMOBILIÁRIA - NEGÓCIO CONSUMADO POR INTERMÉDIO DE OUTRO CORRETOR - AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE NA VENDA DO IMÓVEL - RECONHECIMENTO - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. Conquanto tenha demonstrado a autora que atuou na tentativa da venda do imóvel do primeiro réu (vendedor) ao segundo requerido (comprador), verifica-se, de outro lado, que a transação imobiliária não se consumou por seu intermédio, e sim por meio de outro corretor, mormente por não haver exclusividade na venda do bem, razão pela qual de rigor a improcedência da ação. **(TJSP; Apelação Cível 1019127-90.2021.8.26.0576; Rel. Paulo Ayrosa; 31ª Câmara de Direito Privado; j. 06/09/2023)**

Apelação Cível. Ação de cobrança. Comissão de corretagem. Sentença de improcedência do pedido. Inconformismo por parte da autora. Não acolhimento. Contrato verbal de corretagem. Ausência de ajuste de exclusividade, de modo que a comissão somente seria devida caso comprovada a contribuição. Autora que não se desincumbiu de comprovar que contribuiu efetivamente para a concretização da compra e venda, ônus que lhe cabia (artigo 373, I, do CPC). Efetivação do negócio por intermédio de outro corretor. Remuneração indevida. Sentença mantida. Recurso desprovido. **(TJSP; Apelação Cível 1006306-23.2020.8.26.0533; Rel. Rômolo Russo; 34ª Câmara de Direito Privado; j. 28/08/2023; j.01/09/2023)**

De rigor, portanto, a manutenção da respeitável sentença recorrida. Por conseguinte, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários fixados na sentença para 12% do valor da condenação, levando-se em conta o trabalho adicional realizado em grau de recurso e os critérios previstos no § 2º do mesmo artigo 85.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025477-57.2022.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante PAG SEGURO INTERNET LTDA., é apelada JULIANA GONÇALVES SILVA.

ACORDAM, em 23ª 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 41078)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI e TAVARES DE ALMEIDA.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2024.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Ementa: Ação indenizatória - Danos materiais - Prestação de serviços - Golpe da maquininha de cartão com visor adulterado - Pagamento de água mineral, no valor de 16,00, por meio da maquineta da ré "Pagseguro" - Vendedor que fez debitar a quantia de R$ 6.800,00 - Ré que não juntou qualquer documento que pudesse evidenciar a responsabilidade da autora pela compra refutada, nem que a tecnologia utilizada nas maquinetas "Pagseguro" estivesse isenta de falha - Ré que não se desincumbiu do ônus da contraprova, consoante preceituado no art. 373, II, do atual CPC e no art. 6º, VIII, do CDC - Vulnerabilidade do sistema da instituição intermediadora de pagamentos que dá ensejo à responsabilidade objetiva, tratando-se de fortuito interno - Dever de indenizar os danos materiais reconhecido - Valor desembolsado pela autora que deve ser ressarcido pela ré - Sentença que deve subsistir nesse ponto.

Responsabilidade civil - Dano moral - Ausência de prova de que a quantia descontada indevidamente, objeto de fraude, tivesse prejudicado a subsistência da autora ou ocasionado inscrição desabonadora em nome dela - Não se cuidando de dano moral puro, a prova da respectiva ocorrência cabia à autora (art. 373, I, do atual CPC), ônus do qual ela não se desincumbiu - Indenização por danos morais que não se legitima - Condenação a esse título afastada - Sentença reformada nesse ponto - Decretada a procedência parcial da ação - Apelo da ré provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Juliana Gonçalves Silva propôs ação indenizatória por danos materiais

e morais, de rito comum, em face de "Pagseguro Internet S.A." (fls. 1/6).

A ré ofereceu contestação (fls. 44/51), havendo a autora apresentado réplica (fls. 120/121).

O ilustre magistrado de primeiro grau, de modo antecipado (fl. 127), proferiu sentença (fls. 127/131), cujo trecho final é transcrito a seguir:

> "Posto isso, julga-se procedente o pedido formulado para declarar inexigível o débito lançado contra a parte autora.
>
> Condena-se a parte ré a promover a restituição do valor debitado, corrigido desde o desembolso.
>
> Condena-se, ainda, a parte ré ao pagamento da quantia equivalente a R$ 10.000,00. Valor esse atualizado pela correção monetária a partir desta data, nos termos da Súmula 362 do STJ. Os juros de mora, de 1% ao mês, são devidos a partir do ato ilícito, qual seja, a data da inserção do nome da parte autora em órgão de crédito, nos termos do disposto no artigo 398 do CC e Súmula 54 do STJ.
>
> Condena-se, por fim, a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como em honorários de advogado, fixados em 10% do valor da condenação" (fl. 130).

A ré opôs embargos de declaração (fls. 137/139), os quais foram acolhidos (fls. 144/145), para constar do dispositivo da sentença o valor indenizatório de R$ 7.000,00, conforme pleiteado na exordial e fundamentado no julgado (fls. 5, 130), não de R$ 10.000,00, como constou da parte final da decisão (fl. 130).

Inconformada, a ré interpôs, tempestivamente, apelação (fl. 149), alegando, em resumo, que: é parte ilegítima para responder aos termos da presente demanda; o "Pagseguro" é apenas uma plataforma de pagamento; atuou apenas como mera intermediadora; a operação foi realizada presencialmente, mediante a utilização de cartão com digitação de senha pessoal e secreta; a análise do perfil de transações da autora deve ser realizada pela administradora do cartão de crédito ou pelo banco emissor do cartão de débito; não havia como se suspeitar da fraude; efetuou o bloqueio da maquineta após tomar ciência da prática de fraude; não houve fortuito interno; a autora não agiu com cautela necessária ao não visualizar o valor da transação no momento do pagamento; deve ser reconhecida a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros; não houve ato ilícito que ensejasse o dever de indenizar; não pode ser condenada à restituição dos valores da transação impugnada, os quais foram direcionados ao vendedor; subsidiariamente, o valor da condenação arbitrada a título de danos morais deve ser reduzido (fls. 150/154).

O recurso da ré foi preparado (fls. 155/156), havendo sido respondido pela autora (fls. 208/211).

É o relatório.

2. O reclamo manifestado pela ré merece prosperar parcialmente.

Acesso ao Sumário

Explicando:

2.1. Constou da inicial da ação que, em 28.3.2022, a autora foi vítima de um golpe ao realizar a compra de água mineral, com cartão de débito, de um ambulante, no valor de R$ 16,00, mediante a utilização de maquininha de cartão da ré "Pagseguro" (fl. 1).

Narrou a autora que, ao acessar a sua conta bancária no dia seguinte, foi surpreendida com um débito, para o mesmo vendedor, no valor de R$ 6.800,00 (fls. 1, 14, 17).

A autora relatou que entrou em contato com a ré, que se eximiu da responsabilidade pelo dano causado (fls. 2, 18).

Diante disso, a autora postulou, na exordial, que fosse a ré condenada a lhe restituir o valor de R$ 6.800,00, além do pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$ 7.000,00 (fl. 5).

2.2. Demonstrada a ocorrência da fraude noticiada pela autora, a qual afirmou não ter sido responsável pela operação realizada com cartão de débito, via maquineta do "Pagseguro", no dia 28.3.2022, no valor de R$ 6.800,00 (fl. 1).

Na contestação (fls. 44/51), assim como nas razões recursais (fls. 150/154), a ré se limitou, basicamente, a sustentar que não pode ser responsabilizada pela fraude praticada por terceiro ou por culpa exclusiva da vítima, pois atuou apenas como meio de pagamento via máquina de cartão.

O cerne da controvérsia, portanto, reside na caracterização ou não de responsabilidade da ré pelo evento nocivo.

2.3. Versando a ação sobre consumo e sendo a autora hipossuficiente, cabia a ré comprovar a inexistência de falha ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, conforme disposição do art. 14, "caput" e § 3º, da legislação consumerista.

Note-se que a autora afirmou categoricamente que checou o valor mostrado no visor da máquina antes de efetuar o pagamento (fls. 1, 4), fato, contudo, que não a livrou de ser vítima do golpe.

Embora a transação refutada pela autora tivesse sido realizada mediante aposição de senha pessoal e utilização de cartão com chip, não ficou evidenciada a sua culpa exclusiva pelo evento nocivo.

Acesso ao Sumário

A ré não juntou qualquer documento que pudesse evidenciar a responsabilidade da autora pela compra refutada ou que a tecnologia utilizada nas maquinetas "Pagseguro" estivesse isenta de falha (fls. 44/51).

Ao contrário, a própria ré admite, em seu site, que o sistema de máquina de cartões pode ser fraudado, mediante adulteração do visor da maquininha pelo golpista (https://blog.pagseguro.uol.com.br/golpe-da-maquininha- de-cartao/, acesso em 24.11.2023, 10:28m).

O ônus da contraprova cabia a ré, do qual ela não se desincumbiu, consoante preceituado no art. 373, inciso II, do atual CPC e no art. 6º, inciso VIII,

do Código de Defesa do Consumidor.

2.4. Ademais, não se pode falar em ausência de responsabilidade da ré, que integra a cadeia de fornecedores, sendo ela responsável pela segurança das transações que intermedeia.

Estatui o parágrafo único do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor que:

> "Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo".

Assim, todos aqueles que participaram do fornecimento do serviço ou produto ao consumidor devem responder solidariamente pelos danos eventualmente causados a este.

Discorrendo sobre o citado preceito do Código de Defesa do Consumidor, elucida DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES que:

> "O art. 7º, parágrafo único, do CDC vem assim redigido: 'Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo'. Esse dispositivo constitui a regra geral de responsabilidade solidária entre todos os fornecedores que participaram da cadeia de fornecimento do serviço ou produto perante o consumidor. A regra justifica-se pela responsabilidade objetiva adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, que dispensa a culpa como elemento da responsabilidade dos fornecedores. Dessa maneira, independentemente de a culpa não ser do fornecedor demandado, ou não ser de todos os fornecedores demandados, haverá a condenação de quem estiver no polo passivo a indenizar o consumidor; assim, é inviável imaginar, em uma situação tratada à luz do dispositivo legal comentado, uma sentença terminativa por ilegitimidade de parte se for comprovado que a culpa não foi daquele fornecedor demandado. Em razão da solidariedade entre todos os fornecedores e de sua responsabilidade objetiva, o consumidor poderá optar contra quem pretende litigar. Poderá propor a demanda a buscar o ressarcimento de seu dano somente contra um dos fornecedores, alguns, ou todos eles. A doutrina que já enfrentou o tema aponta acertadamente para a hipótese de litisconsórcio facultativo, considerando ser a vontade do consumidor que definirá a formação ou não da pluralidade de sujeitos no polo passivo e mesmo, quando se formar o litisconsórcio, qual a extensão subjetiva da pluralidade. Nesse caso, portanto, de responsabilidade solidária e objetiva dos fornecedores, não será aplicável o instituto do litisconsórcio alternativo, pois, ainda que exista uma dúvida fundada por parte do consumidor sobre quem foi o causador direto de seu dano, a legislação consumerista, expressamente, atribui a responsabilidade a qualquer dos fornecedores que tenha participado da cadeia de produção do produto ou da prestação do serviço. Por ser inviável antever a ilegi-

Acesso ao Sumário

timidade de qualquer deles, ainda que nenhuma culpa tenha no evento danoso, pouco importa, para os fins do processo, a individualização do fornecedor que tenha sido o responsável direto pelo dano, de modo que é inviável, nesse caso, falar em litisconsórcio alternativo" ("Litisconsórcio alternativo e o código de defesa do consumidor", in "Aspectos processuais do código de defesa do consumidor", orientação de Tereza Arruda Alvim Wambier, coordenação de Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1, cap. 4, ps. 45-54, particularmente ps. 47-48).

Na hipótese vertente, indubitável o nexo causal entre a fraude sofrida pela autora e a falha no sistema da ré, que permitiu que terceiro falsário, a partir da adulteração da maquineta, obtivesse êxito na prática de estelionato, mediante recebimento de valor de venda que nunca foi realizada.

A vulnerabilidade do sistema da instituição intermediadora de pagamentos, que viabilizou a prática de ato fraudulento por terceiro, dá ensejo à responsabilidade objetiva, tratando-se de fortuito interno.

Logo, legítima a pretensão da autora de ser ressarcida do prejuízo sofrido, no valor correspondente à transação fraudulenta (R$ 6.800,00), conforme constou da sentença hostilizada (fl. 130).

2.5. Igual entendimento já foi perfilhado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Apelação - Ação indenizatória - Preliminar - Ilegitimidade passiva - Mérito - Prestação de serviço - Cartão de crédito - Golpe - Danos materiais e morais.

I - Sentença de parcial procedência - Apelo dos réus.

II - Ação de indenização por fraude em compra realizada pela autora mediante uso de cartão fornecido pelo banco réu e máquina do réu Pagseguro, que são, portanto, partes legítimas para o feito, vez que fornecedores - Preliminar afastada.

III - Relação de consumo caracterizada - Inversão do ônus da prova - Autora que pagou corrida de táxi no valor de R$ 22,00 com cartão de crédito - Valor efetivamente cobrado, contudo, que foi de R$ 5.922,00 - Autora que contatou o banco réu no mesmo dia da fraude, abrindo disputa por desacordo comercial - Fraudador que solicitou junto ao réu Pagseguro a antecipação de recebíveis e encerrou sua conta, o que inviabilizou a reversão do pagamento - Estabelecimentos comerciais e intermediadoras de pagamento que têm o dever de prestar serviço seguro ao cliente - Vulnerabilidade do sistema que é risco da própria atividade que exercem e da qual auferem lucro - Valor da transação contestada que, ademais, foge do padrão mantido pela autora, o que seria, por si só, suficiente para acionar o sistema de segurança do banco - Falha na prestação de serviços ca-

Acesso ao Sumário

racterizada - As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativos a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito das operações bancárias - Súmula nº 479 do STJ - Declaração de nulidade da compra, com a determinação de devolução do valor.

IV - Os aborrecimentos sofridos pela autora, em razão da cobrança indevida, não configuram dano moral indenizável, caracterizando-se como mero dissabor, a que todos os indivíduos estão sujeitos na vida cotidiana - Autora que não sofreu abalo de crédito em razão da transação com cartão de crédito questionada e não lhe foi imposta qualquer restrição cadastral - Ausência de ofensa a direitos da personalidade - Danos morais não caracterizados - Indenização indevida - Condenação afastada.

V - Sentença parcialmente reformada - Sucumbência recíproca, incluídos os honorários recursais - Apelos parcialmente providos" (Ap nº 1001097-22.2022.8.26.0010, de São Paulo, 24ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. SALLES VIEIRA, j. em 11.10.2022) (grifo não original).

"Bancários - Ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. devolução de valores e indenização por danos morais - Alegação de ocorrência de fraude no momento do pagamento (compra no valor real de R$ 25,00 e não de R$ 2.500,00), que foi realizado por meio de máquina de cartão - Parcial procedência - Requerida Pagseguro que integra a cadeia de fornecedores - Responsabilidade solidária e legitimidade passiva bem reconhecidas - Compra realizada em valor fora daquele do perfil da autora - Falha no dever de segurança das instituições financeiras na prestação dos serviços - Responsabilidade objetiva por fortuito interno decorrente de fraude - Súmula 479 do STJ - Dano moral configurado 'in re ipsa' - Indenização arbitrada (R$ 10.000,00) que se mostra adequada ao caso concreto e atende aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade - Impossibilidade de redução - Honorários advocatícios devidos pelos princípios da causalidade e sucumbência - Multa - Análise de validade e valor das 'astreintes' já realizada em agravo de instrumento - Recurso do requerido Banco Santander Brasil S.A. não conhecido nesse ponto - Sentença mantida - Recurso do requerido Banco Santander Brasil S.A. conhecido parcialmente e, na parte conhecida, desprovido; e desprovido o recurso da requerida Pagseguro Internet S.A." (Ap nº 1008999-35.2018.8.26.0020, de São Paulo, 38ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. FLÁVIO CUNHA DA SILVA, j. em 27.4.2022) (grifo não original).

2.6. Por outro lado, a situação narrada na exordial, em que pese o respeitável entendimento em sentido contrário adotado na sentença combatida, representou aborrecimento ou dissabor não passível de indenização em verba de dano moral.

Acesso ao Sumário

Não há prova nos autos de que a quantia descontada indevidamente tenha prejudicado a subsistência da autora ou ocasionado inscrição desabonadora em seu nome.

Não se cuidando de dano moral puro, a prova da respectiva ocorrência cabia à autora (art. 373, I, do atual CPC), ônus do qual ele não se desincumbiu.

Como deliberado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, para ficar caracterizado o dano moral, deve ser "demonstrada a ocorrência de violação significativa a algum direito da personalidade do correntista" (REsp nº 1.573.859-SP, registro nº 2015/0296154-5, 3ª Turma, v.u., Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. em 7.11.2017, DJe de 13.11.2017), o que não se verificou no caso em tela.

Destarte, deve ser afastada a condenação da ré no pagamento de indenização por danos morais.

3. Nessas condições, dou provimento em parte à apelação da ré, reformando parcialmente a sentença impugnada (fls. 127/131), a fim de afastar a sua condenação no pagamento à autora de indenização por danos morais, decretando a procedência parcial da ação.

Em virtude da sucumbência recíproca, tipificada no "caput" do art. 86 do atual CPC, as partes devem repartir as custas e despesas processuais em extensão idêntica.

Quanto aos honorários advocatícios, conforme previsto no § 14 do art. 85 do atual CPC, ficam assim estabelecidos:
em relação aos advogados da autora, em 20% sobre o valor da condenação por danos materiais, R$ 6.800,00 (vide item 2.4), devidamente atualizado (fl. 130);
em relação ao advogado da ré, em 15% sobre o valor do proveito econômico obtido por ela, que corresponde à indenização por danos morais pleiteada na inicial e não acolhida, R$ 7.000,00 (fl. 5), corrigido pelos índices da tabela prática editada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo desde o ajuizamento da ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012928-70.2022.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARCELO MOLINA SANCHES FABIO e RAPHAEL DAVOGLIO, é apelado ALLIANZ SEGUROS S/A.

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 10978)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROGÉRIO

MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente), SERGIO ALFIERI e DARIO GAYOSO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2024.

ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação regressiva. Indenização. Acidente de trânsito. Sentença de procedência. Inconformismo da parte ré. Desacolhimento. Documentos juntados aos autos que demonstram a dinâmica do acidente e comprovam a culpa dos réus. Boletim de ocorrência lavrado pela própria autoridade policial, cujas declarações gozam de fé pública. Danos ocorridos e pagamento do seguro devidamente comprovados. Indenização devida e proporcional aos danos provocados ao veículo do segurado da autora. Adoção dos fundamentos da sentença, em razão do permissivo do artigo 252, do Regimento Interno desta Egrégia Corte. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls.101/110, que julgou procedentes os pedidos iniciais, para o fim de condenar os réus, solidariamente, a ressarcirem a autora o valor de R$ 57.389,44, da data do acidente, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% da condenação.

A parte ré, ora apelante, sustenta a ausência de comprovação da dinâmica do acidente. Insiste na culpa exclusiva do segurado, vez que se chocou contra a motocicleta. Aduz a unilateralidade do boletim de ocorrência e ausência de comprovação dos danos descritos na inicial, bem como ausência de efetiva comprovação do pagamento do seguro para efeito da sub-rogação.

Recurso regularmente processado, com preparo (fls.122/123 e 147/148), e contrarrazões (fls.127/133).

Houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste Tribunal.

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

O recurso não comporta provimento.

Nada há que se alterar no quanto devidamente decidido pelo Juízo de primeiro grau.

Aliás, a r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razões de decidir, segundo estabelece o artigo 252, do Regimento Interno deste Tribunal, *verbis*: "***Nos recursos***

Acesso ao Sumário

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

Na Seção de Direito Privado desta Corte, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras, quer para evitar inútil repetição, como para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos (v. g. Apelação 99406023739-8, Rel. Des. Elliot Akel, 1ª Câmara, São Paulo, em 17/06/2010; AI 990101539306, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, 1ª Câmara, Jaú, em 17/06/2010; Apelação 99402069946-8, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, 1ª Câmara, São Paulo, em 08/06/2010; Apelação 99405106096-7, Rel. Des. Neves Amorim, 2ª Câmara, São José do Rio Preto, em 29/06/2010; Apelação 99404069012-1, Rel. Des. José Roberto Bedran, 2ª Câmara, São José dos Campos, em 22/06/2010; Apelação 99010031478-5, Rel. Des. Beretta da Silveira, 3ª Câmara, São Paulo, em 13/04/2010; Apelação 9940500973556, Rel. Des. James Siano, 5ª Câmara, Barretos, em 19/05/2010; Apelação 99401017050-8, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, 6ª Câmara, São Paulo, em 27/05/2010; Apelação 99404073760-8, Rel. Des. Paulo Alcides, 6ª Câmara, Indaiatuba; em 01/07/2010; Apelação 99109079089-9, Rel. Des. Moura Ribeiro, 11ª Câmara, Lins; em 20/05/2010; Apelação n° 990.10.237099-2, 13ª Câmara, Rel. Des. Luiz Roberto Sabbato, em 30.06.2010; Agravo deInstrumento 99010032298-2, Rel. Des. Edgard Jorge Lauand, 15ª Câmara, Atibaia, em 13/04/2010; Apelação 991.09.0841779, Rel. Des. Simões de Vergueiro, 17ª Câmara, Araçatuba, em 09/06/2010; Apelação 991000213891, Rel. Des. Paulo Roberto de Santana, 23ª Câmara, São Paulo, em 09/06/2010; Apelação nº 992.07.038448-6, São Paulo, Rel. Des. Cesar Lacerda, 28ª Câmara, em 27.07.2010).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento, ao reconhecer "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no* ***decisum***" (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).

Inexiste, no recurso de apelação, fundamentações que infirmem as conclusões lançadas pelo Juízo *a quo* para solução do mérito.

Ignora, a parte ré, o já fundamentado no julgado com base em elementos de prova.

Consta do boletim de ocorrência lavrado pela própria autoridade policial, cujas declarações gozam de fé pública, que a parte ré, estava transitando pela Rodovia sentido Apiá à Guapiara quando ao realizar a curva a motocicleta deslizou sobre a pista, invadiu a faixa contrária e colidiu frontalmente contra o veículo DFY-5B03 Ecosport(...) (fl.38).

Acesso ao Sumário

Nesse sentido é a descrição do ocorrido no boletim de ocorrência do segurado da apelada, lavrado pela autoridade policial, de que na condução de seu veículo sentido Apiaí à Guapiara, visualizou a colisão frontal entre os veículos DYY-8686 e DFY-5B03 em sua frente, vindo a se chocar contra a motocicleta que estava sobre a faixa. (fls.32/60).

Como bem salientou o d. Magistrado:

Por questões de física e pela narrativa do condutor do veículo segurado BMW1250 de placa FUN8114, o impacto da primeira colisão resultou no deslocamento tangencial da motocicleta BMW1200 para a pista em que seguia a moto segurada BMW1250, invadindo sua trajetória e com isso causando a queda do veículo segurado, o que pela dinâmica do acidente como se apresenta seria impossível ou muito difícil de se evitar em razão da interceptação da trajetória em curva. Disso se extraí que os danos resultantes ao veículo segurado decorreram diretamente do ato culposo na condução do réu Marcelo que deu causa a ambos os acidentes, do qual decorre o nexo entre o ressarcimento pretendido e a conduta do réu.

Destarte, restou demonstrados a culpa da parte ré e o nexo causal.

Quanto aos danos ocorridos, restaram comprovados por meio dos orçamentos juntados aos autos, sendo condizentes com os danos demonstrados pelas fotos (fls.19/25 e 54/55), conforme bem apontou o magistrado de primeiro grau. Restou demostrado, ainda, o pagamento da indenização ao segurado, bem como o desconto do salvado. (fls.27 e 132).

Portanto, a conduta da parte ré, que, sem cumprir o ônus que lhe incumbe, nos termos do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil, e frente ao verossímil conjunto probatório existente nos autos, deve ser responsabilizada pelo dano cujo ressarcimento ora se pretende.

Assim, fica mantida a r. sentença.

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

> "*3. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso*. (AgInt nos

Acesso ao Sumário

EREsp 1539725/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/08/2017, DJe 19/10/2017)." (AgInt no REsp 1731129/SP, 4ª Turma, rel. Min. Marco Buzzi, j. 17.12.2019).

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

Ante o resultado do julgamento do recurso, com fundamento no §11, do artigo 85, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser majorados para 15% do valor da condenação.

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

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1123126-71.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANDREA DE CARVALHO, são apelados GATTAZ ENGENHARIA EIRELI, ADMINISTRADORA PAULISTA DE SERVIÇOS LTDA. e ALLIANZ SEGUROS S/A.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.805)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente) e LUÍS ROBERTO REUTER TORRO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2024.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, Relatora

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MATERIAL E MORAL. Direito de vizinhança. Demandante que reclama prejuízo em seu imóvel em decorrência da obra

Acesso ao Sumário

empreendida pelas rés no terreno vizinho. SENTENÇA de improcedência. APELAÇÃO da autora, que pede a anulação da sentença, a pretexto de necessidade de nova perícia, insistindo ainda na legitimidade passiva da corré Administradora Paulista e pugnando no mérito pela total procedência da Ação. EXAME: Legitimidade passiva da corré Administradora Paulista bem configurada. Cerceamento de defesa que não merece acolhida. Acervo probatório, formado por documentos e perícia, que era suficiente para o julgamento da causa. Ausência de demonstração de qualquer indício de inconsistência técnica. Laudo pericial elaborado por "Expert" de confiança do Juízo de origem, fundamentado em elementos seguros de convicção, que deve prevalecer. Nexo de causalidade entre as avarias e a obra das rés que não restou demonstrado. Verba honorária sucumbencial que deve ser elevada para doze por cento (12%) do valor atualizado da causa. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação de Indenização Material e Moral ajuizada pela apelante contra as apeladas, alegando que "*... a é proprietária do imóvel situado na Rua Marselhesa, 47, Vila Mariana São Paulo SP, local próximo em que realizada obra pelas Rés para construção de condomínio edilício. Relata que iniciadas as obras em março/2015, a propriedade da Autora passou a apresentar inúmeros danos, com grandes trincas e infiltrações nas paredes, chão e muro de divisa. Por esta razão, houve cobertura de reparos pelas rés e que ainda arcaram com a locação no período de cinco meses em que a parte autora ficou fora de sua residência. Não obstante, em dezembro/2016, novos danos foram constatados e de maior intensidade, diante de uma vistoria realizada por engenheiro contratado pela autora. Foi então notificada a parte ré, que permaneceu inerte quanto à solução que o caso requer, tendo, ainda, após a contra notificação, realizado obras (batidas) próximas ao muro da autora, desencadeando o aumento das fissuras. Diante disso, requer a procedência da ação para condenar as Rés ao pagamento dos danos materiais ocasionados ao imóvel da Autora em razão da construção do prédio, a ser apurado em prova pericial; condenar as Rés a arcarem com os custos de aluguel à Autora, enquanto perdurar as obras de recuperação, caso haja necessidade de desocupação do imóvel; condenar as Rés*

Acesso ao Sumário

à devolução da quantia de R$ 8.000,00 despendida pela Autora com os honorários do engenheiro Ricardo Zulques; condenar as Rés a pagarem danos morais em favor da Autora no montante de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Por fim, requer a condenação da verba sucumbencial.", conforme relatado na fl. 4.008.

O MM. Juiz "*a quo*" proferiu a r. sentença apelada, decidindo "*in verbis*": "*... Julgo improcedente a ação, na forma do art. 487, I do CPC. Custas e honorários pela parte autora, que fixo em 10% sobre o valor da causa para cada réu. Julgo prejudicada a lide secundária. Na lide secundária, arcará o réu denunciante com as custas e honorários do denunciado (art. 129, parágrafo único do CPC). P.I.*" ("*sic*", fls. 4.011/4.012).

Apela a autora, visando à anulação da sentença, a pretexto de necessidade de nova perícia, insistindo ainda na legitimidade passiva da corré Administradora Paulista e pugnando no mérito pela total procedência da Ação (fls. 4.033/4.069).

Anotado o Recurso (fl. 4.072), as demandadas apresentaram contrarrazões (fls. 4.075/4.084 e 4.085/4.092).

É o relatório, adotado o de fls. 4.008/4.010.

A Apelação comporta conhecimento, porquanto observados os requisitos de admissibilidade no tocante (v. artigos 1.009 e seguintes do Código de Processo Civil).

Embora o teor das razões recursais, a r. sentença apelada deve ser mantida.

De início, observa-se que a autora imputou a ambas as Empresas demandadas a responsabilidade pelos danos causados (fls. 1/15). Além disso, consta dos autos que a Empresa Administradora Paulista foi a responsável pela contratação do Seguro com a Empresa denunciada (fls. 301/374), bem ainda que tem como objetivo social a "*prestação de serviços para escritório, apoio administrativo, prestação de serviços às empresas, instalação, manutenção, pinturas e serviços de construção civil*" ("*sic*", fl. 296). Bem por isso, era mesmo de rigor o reconhecimento da legitimidade passiva da corré Administradora.

Outrossim, impõe-se afastar a arguição de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. É que, sendo o Juiz o principal destinatário da prova e havendo nos autos elementos suficientes para a formação de seu convencimento, possível o julgamento antecipado nos termos do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil. Como é cediço, compete ao Juiz do feito a determinação das provas que se mostrem necessárias à instrução, bem ainda o indeferimento das diligências inúteis, a teor do disposto no artigo 370, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a modo de garantir o cumprimento da celeridade processual. Aliás, verifica-se que a prova constante dos autos, formada por perícia e documentos, era mesmo suficiente para o deslinde da controvérsia.

Acesso ao Sumário

Verifica-se que para solucionar a controvérsia estabelecida entre as partes sobre a responsabilidade pelos danos no imóvel da autora, o MM. Juiz "*a quo*" determinou a realização de prova pericial de engenharia (v. fls. 530).

Cabe ressaltar que o mero inconformismo da autora com as conclusões do Perito, sem qualquer elemento que possa infirmar o laudo pericial, não basta para justificar a realização de nova perícia.

Da mesma forma, não se há falar em complementação da prova pericial, mormente considerando que o Perito se manifestou em relação aos quesitos complementares (fls. 803/812, 837/844).

Demais, os Laudos de Vistoria copiados nas fls. 1.209/1.334 datam de **outubro de 2015** e de **outubro de 2016**, anteriores inclusive aos Laudos Técnicos copiados pela própria autora na petição inicial, referentes aos meses de **fevereiro, março e agosto de 2017** (fls. 106/204), quanto foi constatado o surgimento de novos danos no imóvel da autora. Demais, a Construtora demandada copiou nos autos Laudo de Vistoria datado de **fevereiro de 2015** (fls. 397/416), sendo certo portanto que o Perito já possuía acesso a elementos indicativos da situação do imóvel tanto em momento anterior aos reparos iniciais, quanto da situação do imóvel após os reparos, não existindo prejuízo à autora pela ausência de manifestação em relação aos Laudos Técnicos copiados extemporaneamente.

No caso dos autos, realizada a prova pericial, concluiu o "*Expert*", "*in verbis*":

> "*... Deste modo concluimos pela não existência de nexo causal entre a construção da edificação do réu com o surgimento de patologias no imóvel da autora. Tais patologias são oriundas da fragilidade estrutural do imóvel, reformas e ampliações anteriores realizadas e falta de elementos construtivos (vergas e reboco em parede externa).*" ("*sic*", fl. 731).

Bem por isso, considerando a ausência de nexo causal entre os danos no imóvel da autora e as obras das Empresas rés, era mesmo de rigor a improcedência do pedido condenação das apeladas ao pagamento da indenização material.

Nesse sentido, bem observou o MM. Juiz "*a quo*", "*in verbis*", que: "*A parte autora não produziu prova que pudesse desqualificar as conclusões técnicas, o que torna impossível o acolhimento da pretensão, levando-se em conta a regra do art. 373, I do CPC, e a prova coligida, que atesta inexistência de avaria provocada em imóvel da autora por obras realizadas pela empresa ré, valendo dizer que a prova testemunhal não é suficiente para afastar a autenticidade do trabalho do expert nomeado pelo juízo, por carecer de conhecimento técnico específico*" ("*sic*", fl. 4.011).

Resta assim a rejeição do Recurso ante o correto desate da causa pela r. sentença apelada (v. artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal).

A propósito, eis a Jurisprudência:

1016000-98.2019.8.26.0032

Acesso ao Sumário

Classe/Assunto: Apelação Cível/Direito de Vizinhança
Relator(a): Carmen Lucia da Silva
Comarca: Araçatuba
Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 13/07/2023
Data de publicação: 26/07/2023
Ementa: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DE VIZINHANÇA. Danos estruturais no imóvel dos autores derivados de obras realizadas no terreno vizinho para soerguimento de um condomínio edilício. Ação de indenização por danos materiais e morais. Sentença de improcedência dos pedidos. Apelo dos autores. ***Preliminar de cerceamento do direito de produzir prova oral rejeitada. Mérito. Laudo pericial produzido por perito imparcial e de confiança do juízo que apurou que as rachaduras e infiltrações existentes no imóvel dos apelantes eram preexistentes ao início da construção do edifício. Ausência de provas do nexo de causalidade entre os fatos e os danos apontados na inicial. Impossibilidade de conferir valor probatório ao laudo particular juntado tardiamente com as razões do apelo. Laudo técnico assistencial divergente não apresentado no momento processual adequado. Autores que não se desincumbiram do ônus probatório que lhes cabia, nos termos do art. 373, inc. I, do CPC.*** *Requisitos da responsabilidade civil que não se fazem presentes. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.*
1090329-13.2015.8.26.0100
Classe/Assunto: Apelação Cível/Direito de Vizinhança
Relator(a): Mary Grün
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 09/08/2023
Data de publicação: 09/08/2023
Ementa: DIREITO DE VIZINHANÇA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. Autor que requer a condenação das rés ao pagamento de indenização material, em razão das obras de expansão de estabelecimento comercial, realizadas em terreno vizinho e que teriam danificado seu imóvel. Sentença de improcedência. Apelo da autora. Preliminar de cerceamento de defesa. O juiz é o destinatário final das provas que servem à formação da sua convicção sobre a demanda. Poder-dever de indeferir diligências que entenda inúteis ou meramente protelatórias para o desfecho da causa. Inteligência do art. 370 do Código de Processo Civil. Suficiência das provas constantes nos autos para o deslinde do feito. Prova oral que não possui o condão de derrogar as conclusões alcançadas pela perícia judicial. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. Impugnação à nomeação da perita que não encontra amparo nas justificativas apresentadas pelo recorrente. Mérito. ***Laudo pericial que atestou a existência de problemas na edificação, anteriores à obra***

Acesso ao Sumário

de expansão, oriundos do próprio projeto do imóvel, que deixou de ponderar as condições específicas do solo. Avarias que restaram agravadas pela ausência de manutenção e conservação do imóvel, sem nexo de causalidade com as obras no terreno adjacente. Ausência de nexo de causalidade entre os danos descritos e as obras realizadas. Improcedência da ação*. Honorários advocatícios sucumbenciais que não comportam a redução pretendida. Sentença mantida. Recurso não provido.*

1003684-96.2017.8.26.0590
Classe/Assunto: Apelação Cível/Indenização por Dano Material
Relator(a): Almeida Sampaio
Comarca: São Vicente
Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 27/04/2023
Data de publicação: 27/04/2023
Ementa: APELAÇAO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Alegação de danos na estrutura do imóvel supostamente provocados por obra executada pela Construtora Ferreira Guedes - ***Laudo pericial atestando a inexistência de nexo de causalidade entre a obra da construtora e os danos produzidos na edificação*** *- Imóvel construído de forma clandestina, inexistindo projeto de engenharia, sendo constatada a utilização inadequada de materiais e equívoco na execução da obra -* ***Sentença que julga a ação improcedente mantida****. Apelo improvido.*

Impõe-se, pois, a rejeição do Recurso, ficando mantida a r. sentença apelada pelos próprios e jurídicos fundamentos, inclusive quanto aos ônus sucumbenciais, mas com a majoração dos honorários advocatícios devidos ao Patrono das demandadas para doze por cento (12%) do valor atualizado da causa, "*ex vi*" do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, nega-se provimento ao Recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1045850-38.2021.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes/apelados CARLOS EDUARDO RODRIGUES 43144401803 (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) e VITOR VELARDO DA CRUZ, é apelado/apelante MARCELO MANIUC BARBOSA (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelado MILLENNIUM BANK MANAGEMENT LTDA.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos dos réus, e negaram provimento ao recurso do autor. V.U. Compareceu para

Acesso ao Sumário

sustentar oralmente a Dra. Renata Taléia Godinho..", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6826)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2024.

CÉSAR ZALAF, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. "GOLPE DO EMPRÉSTIMO". SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA EM RELAÇÃO À RÉ MILLENNIUM BCP E PARCIAL PROCEDÊNCIA QUANTO AOS DEMAIS RÉUS. CONDENAÇÃO À RESTITUIÇÃO SIMPLES DAS QUANTIAS RECEBIDAS E DANOS MORAIS NO VALOR DE R$ 22.000,00

RECURSO DO RÉU CARLOS EDUARDO RODRIGUES. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. SITUAÇÃO QUE SUPERA O MERO ABORRECIMENTO. QUANTUM INDENIZATÓRIO, CONTUDO, QUE COMPORTA REDUÇÃO PARA R$ 8.000,00. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

RECURSO DO RÉU VITOR VELARDO DA CRUZ. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. SITUAÇÃO QUE SUPERA O MERO ABORRECIMENTO. QUANTUM INDENIZATÓRIO, CONTUDO, QUE COMPORTA REDUÇÃO PARA R$ 8.000,00. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

RECURSO DO AUTOR. RESPONSABILIDADE DO RÉU MILLENNIUM. AUSÊNCIA DE PROVA DA RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO PELOS DANOS OCASIONADOS. PAGAMENTOS DIRECIONADO A TERCEIROS EFETUADOS ANTES MESMO DO RECEBIMENTO DO VALOR DO EMPRÉSTIMO. REITERAÇÃO DA CONDUTA MESMO APÓS CONSTATADA A FRAUDE. CULPA EXCLUSIVA DA APELANTE, QUE NÃO OBSERVOU COM CAUTELA A SITUAÇÁO DE FATO. EXCLUDENTE DO ARTIGO 14, § 3º, INCISO II DO CDC. AUSÊNCIA DE FALHA E NEXO CAUSAL ROMPIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 168/179 julgou improcedente a pretensão do autor **MARCELO MANIUC BARBOSA** em relação à ré **MILLENNIUM BCP ESCRITÓRIO DE REPRESENTAÇÕES E SERVIÇOS LTDA** e parcialmente procedentes os pedidos da ação indenizatória no tocante aos demais réus **VITOR VELARDO DA CRUZ, E CARLOS EDUARDO RODRIGUES 43144401803**, nos seguintes termos: "*Assim, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos iniciais em face MILLENNIUM BCP ESCRITÓRIO DE REPRESENTAÇÕES E SERVIÇOS LTDA.. Condeno o autor ao pagamento de despesas processuais e verba honorária que ora fixo em 10% sobre o valor dado à causa, observada a gratuidade concedida. E JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial em relação à VITOR VELARDO DA CRUZ e CARLOS EDUARDO RODRIGUES 43144401803 para: A) DECLARAR A NULIDADE do contrato de fls. 14/23; B) CONDENAR VITOR VELARDO DA CRUZ ao ressarcimento, em favor do autor, da quantia correspondente a R$ 872,00 (oitocentos e setenta e dois reais), sem prejuízo da fluência de juros e correção monetária, contados a partir da data do depósito, nos termos do artigo 398 do Código Civil; B) CONDENAR CARLOS EDUARDO RODRIGUES 43144401803 ao ressarcimento, em favor do autor, da quantia correspondente a R$182,00 (cento e oitenta e dois reais), sem prejuízo da fluência de juros e correção monetária, contados a partir da data do depósito, nos termos do artigo 398 do Código Civil; C) CONDENAR VITOR VELARDO DA CRUZ e CARLOS EDUARDO RODRIGUES 43144401803, de forma solidária, ao pagamento de indenização por dano moral, no valor correspondente a R$22.000,00 (vinte e dois mil reais). O valor é devido sem prejuízo da fluência de juros e correção monetária, contados da data da prolação desta sentença, eis que para hoje fixei o valor indenizatório em alusão. Os juros são os legais, calculados a base de 1% ao mês. A correção monetária aplicável é aquela divulgada pelo e. Tribunal de Justiça. Condeno VITOR VELARDO DA CRUZ e CARLOS EDUARDO RODRIGUES 43144401803 ao pagamento das custas e despesas processuais, além da verba honorária que ora fixo em 10% sobre o valor total da condenação. Extrai-se cópia de todo o processado e encaminhem-se à JUCESP e à Receita Federal do Brasil para apuração de eventuais irregularidades em relação à atuação das empresas MILLENNIUM BANK MANAGEMENT LTDA, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ 01.044.027/0001-49 e CARLOS EDUARDO RODRIGUES 43144401803, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ 26.715.120/0001-69.*"

Apela o réu **CARLOS EDUARDO RODRIGUES 43144401803** alegando que não consta elementos nos autos que justifiquem a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Pleiteia a reforma da sentença.

O réu **VITOR VELARDO DA CRUZ** apelou, pleiteando os benefícios da gratuidade. No mérito, alegou a inexistência do dever de indenizar, porque

Acesso ao Sumário

não discriminada qualquer conduta que enseje a condenação. Aduz concordar com a devolução da quantia depositada em sua conta. Sustenta que o valor da indenização é exorbitante, requerendo sua redução. Busca a reforma da sentença.

Apela o autor **MARCELO MANIUC BARBOSA**, pleiteando a responsabilização do corréu Millennium Bcp Escritório De Representações E Serviços Ltda, aduzindo ter havido falha nos sistemas de segurança. Diz que as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros. Pleiteia a reforma da sentença.

Recursos tempestivos e regularmente processados. Contrarrazões às fls. 233/237 e 238/244.

É o relatório.

Não há questões que impeçam o conhecimento destes recursos e, quanto aos seus objetos, merecem parcial provimento os recursos dos réus, e não provimento a apelação do autor.

Em relação ao pedido de concessão do benefício da gratuidade de Justiça, observo que o réu Vitor requereu a benesse por ocasião da apresentação da contestação. Nesse sentido, o C. STJ já decidiu que eventual omissão de análise do pedido pelo Poder Judiciário caracteriza o deferimento tácito do benefício à parte que o solicitou (AgRg nos Embargos de Divergência em Agravo em REspecial n.º 440.971/RS; Relator: MINISTRO RAUL ARAÚJO; j. 03.02.2016), de modo que é desnecessário novo deferimento da benesse. Anote-se.

Trata-se de Ação Indenizatória proposta por **MARCELO MANIUC BARBOSA**, **contra MILLENNIUM BANK MANAGEMENT LTDA, VITOR VELARDO DA CRUZ, CARLOS EDUARDO RODRIGUES 43144401803.** e para melhor compreensão dos fatos, adoto o relatório da r. sentença: "*o autor afirma que, em agosto de 2021, na tentativa de obter um empréstimo pessoal, encontrou, por meio de busca na internet, o Banco Millennium, recebendo, em seguida, retorno por meio de WhatsApp, pelo nº (11) 97876-0509, do preposto identificado como "Wesley" e, assim, informou ao preposto que precisava do montante de R$ 9.000,00 (nove mil reais), tendo as partes avençado as condições da contratação. Narra que, posteriormente, o Sr. Wesley informou que o autor deveria realizar o pagamento no valor de R$ 298,21, à título de seguro em razão do cadastro realizado junto ao banco, o que foi feito em 02/08/2021, tendo como favorecido Lucas Alves dos Santos. Aduz que, após realizar o pagamento, foi orientado pelo preposto a entrar em contato com seu gerente financeiro para liberação do valor do empréstimo, contudo, ao entrar em contato com o "Sr. Henrique", suposto gerente financeiro, através do nº (11) 97842-7907, fora informado de que, para recebimento do valor solicitado, deveria realizar um novo pagamento no valor de R$ 872,00, o que foi feito na data de 03/08/2021, tendo como favorecido Vitor Velardo da Cruz, CPF 493.124.158-16. Ao perceber que o valor do empréstimo solicitado não entrou*

Acesso ao Sumário

em sua conta, alega que procurou novamente pelo Banco Millennium, recebendo retorno da preposta "Camila", através do nº (11) 93457-4893, que informou que foi vítima de um golpe, desesperado realizou boletim de ocorrência. Sustenta que, ante a necessidade e urgência de obter o empréstimo, prosseguiu com o atendimento com a Sra. Camila, solicitou o pagamento no valor de R$ 182,00 a título de seguro, o qual foi realizado em 06/08/2021, tendo como favorecido Carlos Eduardo Rodrigues, CNPJ 26.715.120/0001-69. Alega que a preposta Sra. Camila informou que o valor do empréstimo teria sido liberado e encaminhou um suposto comprovante de pagamento com informação de transferência na conta do autor na importância de R$ 9.987,54 (Doc. 06), ato contínuo, informou que tinha transferido valor maior do que o combinado, motivo pelo qual, deveria o autor efetuar a devolução do valor excedente, caso contrário o suposto valor recebido ficaria bloqueado em sua conta. Ocorre que o valor não foi creditado na conta do autor, o que o impediu de devolver eventual valor excedente, e a referida preposta bloqueou o autor do aplicativo de mensagens, tendo o autor registrado outro boletim de ocorrência. Afirma que teria sido vítima de conluio fraudulento entre os réus, havendo solidariedade passiva na reparação dos danos que o autor teria sofrido. Por conta do exposto, o autor pretende: A) A concessão de ordem liminar para: A.1) que seja determinada a suspensão do contrato de empréstimo pessoal até decisão definitiva; A.2) que sejam cessadas as cobranças referentes ao empréstimo não concretizado, sob pena de multa por cada ato de cobrança, sugerindo-se o valor de 1 (um) salário mínimo; A.3) que os réus se abstenham de inserir o nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito, sob pena de multa diária, no valor de 1 (um) salário mínimo; A.4) A expedição de ofício à VIVO, CLARO, NEXTEL, OI, TIM, a fim de que informem se possuem cadastros dos números: (11) 97876-0509, (11) 97842-7907 e (11) 93457-4893, e forneçam os respectivos dados e endereços dos titulares das linhas;"

Sobreveio sentença de parcial procedência, com o que não se conformam o autor e os réus Vitor e Carlos.

Pois bem, os réus apelantes afirmam que inexiste motivo para a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Sem razão, contudo.

Isso porque o engodo em que envolvido o autor, com o depósito de dinheiro em favor de terceiro, sob a promessa de empréstimo de valores que este necessitava, percebendo posteriormente que além de não obter tal quantia, ainda tinha perdido os valores adiantados, somado à necessidade de ajuizar ação para ressarcimento do prejuízo suportado ocasionaram aflições que ultrapassam o mero aborrecimento, de maneira que os danos morais estão configurados.

Outrossim, assiste razão aos réus apelantes, no que tange à quantia arbitrada.

É cediço que o ressarcimento do dano moral há de ser arbitrado com

Acesso ao Sumário

moderação, devendo-se levar em conta a gravidade e a repercussão da ofensa, a posição social do ofendido e a situação econômica do ofensor, de maneira que reputo desproporcional o valor de R$ 22.000,00 arbitrado. Para fixação dos danos morais adoto como parâmetro os entendimentos desta 14ª Câmara de Direito Privado, cujos valores, em situações semelhantes, são fixados em R$ 8.000,00, montante que entendo razoável e atende os fins inibitórios e educativos do instituto.

Nesse sentido, mutatis mutandis:

"*APELAÇÃO. Ação Declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos morais. Bancários. Sentença de improcedência. Insurgência do Autor. Acolhimento. Portabilidade de empréstimo consignado. Empresa terceira que ludibria a Autora, a convencendo de realizar depósito em seu favor, sob a justificativa de quitação de empréstimo anterior. Golpe do "troco". Verossimilhança das alegações autorais. Autora idosa e hipossuficiente. Autora que não nega ter a intenção de celebrar negócio jurídico, tendo sido vítima de um golpe, que importou na celebração de novo consignado em detrimento da pretendida portabilidade. Má prestação dos serviços bancários. Responsabilidade objetiva do Banco Réu. Inteligência do Artigo 186 do Código Civil e Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, bem como da Súmula nº 479 do Superior Tribunal de Justiça. Débito inexigível. Danos morais configurados. Vulnerabilidade da consumidora, idosa e aposentada. Dano in re ipsa. Indenização fixada em R$ 8.000,00 (oito mil reais) que se mostra razoável e proporcional a reprimir o ato, sem aviltar ou implicar em enriquecimento de quem a recebe. Devolução simples das parcelas indevidamente descontadas de seu benefício previdenciário. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PROVIDO.*" (TJSP; Apelação Cível 1004812-28.2020.8.26.0597; Relator (a): Penna Machado; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sertãozinho - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/03/2023; Data de Registro: 07/03/2023)

A irresignação do autor, por outro lado não prospera.

Embora não se negue que a responsabilidade civil da instituição financeira seja objetiva, de acordo com o enunciado da Súmula nº 479 do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, independente de culpa, necessário que reste comprovado o nexo de causalidade entre o dano e o ato ilícito, 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 citado artigo 14:"'"*§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros*".

Ocorre que a responsabilização do fornecedor/prestador de serviço não se

Acesso ao Sumário

dá de forma como pretendeu o Autor. Cabe ao prejudicado demonstrar o preenchimento dos requisitos essenciais da responsabilidade civil de ordem objetiva, ou 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, pois o golpe do qual o autor foi vítima, não pode ser reputado como fortuito interno.

Isso porque deixou o Autor de trazer elementos probatórios a corroborar a tese de falha de segurança por parte do réu Millennium. Aliás, como bem ponderou o Magistrado sentenciante:

"*...observo que os documentos acostados aos autos demonstram que a referida empresa sequer atuaria como banco em território nacional, tratando de escritório de representação de banco que atua no exterior (ver art. 3º, fls. 88 e fls. 96). Tal como se extrai do documento de fls. 14/23, os terceiros fraudadores, todavia, utilizariam-se de forma indevida do logotipo de MILLENNIUM BCP, instituição representada pelo escritório réu e informariam o endereço de MILLENNIUM BCP - ESCRITÓRIO DE REPRESENTAÇÕES E SERVIÇOS LTDA., para aplicação de golpes à terceiros, o que já teria sido comunicado pelo requerido à autoridade policial, fls. 93/95. Assim,MILLENNIUM BCP - ESCRITÓRIO DE REPRESENTAÇÕES E SERVIÇOS LTDA. adotou a providência que estava ao seu alcance para tentar evitar eventuais danos causados a terceiros, não sendo demais recordar que o dever de zelar pela segurança pública é do Estado, não podendo ser transferido a particulares. Verifica-se que os criminosos, aparentemente, para conferir maior verossimilhança aos golpes praticados teriam criado a empresa de fachada MILLENNIUM BANK MANAGEMENT LTDA, inscrita no CNPJ 01.044.027/0001-49, fls. 45, que é diversa da contestante, e sequer teria endereço cadastrado junto à Receita Federal (fls. 45), utilizando-se do endereço de MILLENNIUM BCP (ver fls. 14/23). No caso em comento, o autor admite que teria localizado o suposto "MILLENNIUM BANK" em buscas realizadas pela internet e toda a negociação ocorreu entre ele e terceiros, que não teriam vínculo com MILLENNIUM BCP ou MILLENNIUM BCP - ESCRITÓRIO DE REPRESENTAÇÕES E SERVIÇOS LTDA., por meio do aplicativo de mensagens WhatsApp (ver fls. 35/44).*"

Ora, as condutas do autor, na peculiaridade do caso concreto, implicam em falhas no dever de cautela em promover depósitos a terceiros sem vínculo com a instituição, antes mesmo de receber a quantia supostamente emprestada, repetindo tal conduta até mesmo após ter ciência de que se tratava de golpe.

Desse modo, em relação ao réu Millennium, a maneira de agir do autor elide o nexo de causalidade, restando configurada sua culpa exclusiva, na forma do art. 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. Exclui-se, por consequência, o dever deste réu em indenizá-lo por danos materiais ou morais.

No mesmo sentido, entendimento desta E. Câmara *mutatis mutandi*:

Acesso ao Sumário

"*APELAÇÃO - AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - Contrato de financiamento de veículo - Relação de consumo - Fraude na emissão do boleto bancário - Sentença de improcedência - Insurgência do autor - Responsabilidade civil de natureza objetiva da ré somente elidida nas hipóteses do art. 14, § 3º, do CDC - Inexistência de defeito na prestação de serviços pela requerida - Pagamento direcionado a terceiro - Autor que não tomou mínimos cuidados - Ausência de prova de que a fraude decorreu de falha na atuação da instituição financeira - Culpa exclusiva do autor ou de terceiro - Excludente de responsabilidade configurada - Nexo causal rompido - Sentença de improcedência mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.*" (TJSP; Apelação Cível 1023893-76.2019.8.26.0506; Relator (a): Lavínio Donizetti Paschoalão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/08/2021; Data de Registro: 19/08/2021)

Por tais razões há de ser acolhido parcialmente o recurso dos réus, devendo ser reformada parcialmente a r. sentença apelada, de sorte a reduzir o quantum fixado a título de danos morais para R$ 8.000,00. O ônus da sucumbência permanece da forma como disposto na sentença, alterando-se o percentual dos honorários para 20% do valor da condenação, considerando a redução do *quantum* arbitrado a título de danos morais.

Para se evitar incidentes desnecessários, importante ressaltar que não está o órgão julgador obrigado a tecer considerações acerca de toda a argumentação deduzida pelas partes, senão aquelas que interfiram no deslinde da causa, o que se verificou no caso concreto.

Ademais, para acesso às instâncias extraordinárias é desnecessária expressa menção a todos os dispositivos legais deduzidos pelas partes. De todo modo, registra-se que é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "*tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida*" (ED em RMS nº 18205-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso dos réus, e nego provimento ao recurso do autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1028731-14.2022.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ADALUZIA AGROPECUÁRIA LTDA., é apelado AGORA SOLUÇÕES EM TELECOMUNICAÇÕES LTDA ACENT TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "O patrono dispensou a leitura do relatório. Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11506)**

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

São Paulo, 7 de fevereiro de 2024.

LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - EMBARGOS DE TERCEIRO - D. juízo de primeira instância que, reconhecendo a ilegitimidade ativa da embargante, extinguiu o feito, sem resolução do mérito (Art. 485, VI, CPC) - Insurgência da embargante.

CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Impertinência da produção de provas reclamada - Prova oral e documental objetivadas que não se prestariam à corroboração do pedido inaugural - Julgamento antecipado regular e escorreito.

USUCAPIÃO - Penhora impugnada que recaiu sobre fração ideal de imóvel adquirido por condôminos para utilização como área comum em condomínio edilício - Condomínio que nunca formalizou a incorporação da área - Embargante que adquiriu unidade autônoma sem, todavia, transferir para si a aludida fração de área, que permaneceu registrada em nome da executada - Aquisição individual dá área pela embargante não comprovada - Impossibilidade de aquisição da referida fração ideal pela embargante, via usucapião - Área comum (Art. 3º, Lei 4.591/64) - Ausência do exercício de posse exclusiva - Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça - D. juízo de primeira instância categórico ao reconhecer que eventual alegação da prescrição aquisitiva deveria partir do próprio condomínio, efetivo possuidor do imóvel - Fundamentos da decisão recorrida ratificados, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

1. Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 317/319, cujo relatório adoto, proferida pela D. juíza da 3ª Vara Cível, do Foro Regional III - Jabaquara, da Comarca de São Paulo, Dra. Lidia Regina Rodrigues Monteiro Cabrini, que extinguiu, sem resolução do mérito, os presentes EMBARGOS DE TERCEIRO que ANDALUZIA AGROPECUÁRIA LTDA opôs contra AGORA SOLUÇÕES EM TELECOMUNICAÇÕES LTDA, "*(...) pela ilegitimidade ativa para ação, nos termos do artigo 485, VI, do CPC.*" (fls. 319). Ao final, condenou a embargante ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, os quais fixou em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Apelou a embargante, pugnando, preliminarmente, pela anulação da sentença, ao argumento de que o julgamento antecipado do feito teria ensejado cerceamento do seu direito de defesa, objetivando, no mais, a reforma do julgado, asseverando para tanto, em síntese, da regularidade da aquisição da fração de 1/16 do imóvel objeto de discussão nos autos, juntamente com o correspondente apartamento no Edifício Campobello Island, destacando tratar-se de terreno adquirido pelos condôminos e utilizado pelo condomínio como área comum, sem formal incorporação, circunstância que, dada a posse ali exercida, arrazoaria seu pedido de usucapião, ora reiterado, além de sustentar a impossibilidade do referido condomínio, ente desprovido de personalidade jurídica, reclamar em nome próprio a mesma prescrição aquisitiva (fls. 322/349, acompanhadas dos documentos de fls. 350/362).

Tempestivo e bem preparado, o recurso foi contrarrazoado pela embargada à fls. 366/375.

Manifestaram-se as partes em oposição ao julgamento virtual, à fls. 382 e 384.

É o relatório.

2. De início, afasto a hipótese de cerceamento de defesa aventada pela embargante em seu recurso, porquanto impertinente para a corroboração do seu pedido a produção de provas por ela reclamada.

A confirmar, observe-se que o reconhecimento da ilegitimidade ativa da embargante pelo D. juízo *a quo* se fundamentou em circunstâncias fáticas que restaram incontroversas nos autos, as quais não se alterariam pela colheita de prova oral e pela pretendida juntada de novos documentos.

Nessa esteira e já adentrando ao *meritum causae*, relevante recordar-se a evolução dos fatos que culminaram na penhora de imóvel objetada nos presentes embargos de terceiro:

O imóvel objeto da matrícula nº 109.955, junto ao 15º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, foi adquirido pessoalmente pelos

Acesso ao Sumário

condôminos do Edifício Campobello Island, no ano de 1988, na proporção de 1/16 para cada (conf. docs. de fls. 155/176). A executada Marilena Baldessari Pepe era, juntamente com seu marido, uma das condôminas à época da aquisição e teve a correspondente fração registrada em seu nome. Tratava-se de uma casa que foi demolida e transformada em área comum (garagens e espaço para lazer), porém, sem formal incorporação pelo condomínio.

Tempos depois da aquisição dessa área a executada e seu marido venderam o apartamento de sua propriedade no Edifício Campobello Island para José Robotton que, posteriormente, no ano de 2012, revendeu-o à embargante (conf. docs. de fls. 151/154).

Ocorre que a propriedade registral da mencionada fração de 1/16 do imóvel da matrícula 109.955 permaneceu em nome da executada, o que possibilitou sua penhora nos autos do processo executivo nº 0032983-63.2011.8.26.0003, que tramita perante o mesmo foro da 3ª Vara Cível, do Foro Regional III - Jabaquara.

Assim estabelecido, anote-se que, malgrado as alegações postas pela embargante em sede de razões recursais, a análise dos autos não deixa dúvida quanto à sua ilegitimidade ativa para a oposição dos presentes embargos de terceiro.

Com efeito, restou incontroverso nos autos que a área sobre a qual se operou a penhora impugnada, malgrado tenha sido adquirida pelos condôminos em nome próprio, sempre serviu ao condomínio como área comum, tendo inclusive sido objeto de deliberação em assembleia (vide docs. de fls. 27/40).

Sobre a chamada área comum, assim dispõe o artigo 3º, da Lei 4.591/61, *in verbis*:

> Art. 3º "*O terreno em que se levantam a edificação ou o conjunto de edificações e suas instalações, bem como as fundações, paredes externas, o teto, as áreas internas de ventilação, e tudo o mais que sirva a qualquer dependência de uso comum dos proprietários ou titulares de direito à aquisição de unidades ou ocupantes, constituirão condomínio de todos, e serão insuscetíveis de divisão, ou de alienação destacada da respectiva unidade. Serão, também, insuscetíveis de utilização exclusiva por qualquer condômino*"

No caso dos autos, além da documentação acostada à vestibular indicar que a destinação do imóvel em questão, bem como sua administração, é feita exclusivamente pelo condomínio Edifício Campobello Island, a própria embargante confirma que esse é utilizado como área comum, circunstância que, por si só, afasta a possibilidade da suscitada aquisição de fração ideal via usucapião, uma vez que não há o exercício exclusivo da posse.

Nesse sentido, é pacífico o entendimento jurisprudencial de que "*o condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinen-*

Acesso ao Sumário

tes à usucapião, bem como tenha sido exercida ***posse exclusiva*** *com efetivo animus domini pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários.*" **(g.n.) (REsp 668.131/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 19/8/2010, STJ)**.

Ou seja, além de não haver nos autos nenhuma prova de que a propriedade da referida fração ideal penhorada também tenha sido adquirida individualmente pela embargante quando da aquisição de sua unidade condominial, não há dúvida de que essa nunca exerceu posse exclusiva sobre tal imóvel.

Assim, categórico o reconhecimento pelo D. juízo sentenciante de que "*(...) Fato é que a posse, igualmente, é exercida por terceiro, Condomínio, como demonstram os documentos juntados, tanto que a situação de área comum não pode ser partilhada ou extinta. Inviável, a alegação da prescrição aquisitiva do terreno, pois eventual posse mansa e pacífica pertence ao Condomínio e não ao embargante.*" (fls. 319).

Nesse ponto, vale consignar-se que, diferentemente do quanto sustentado pela embargante em seu recurso, também é consolidado na jurisprudência o entendimento de que, independentemente de sua condição de ente desprovido de personalidade jurídica, "*o condomínio tem legitimidade ativa e interesse para propor a ação de usucapião de área comum.*" **(AgInt no REsp n. 1.723.040/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 19/6/2018, STJ)**.

Destarte, não tendo a embargante nem mesmo legitimidade para pleitear a usucapião do imóvel objeto de discussão nos autos, desnecessária a análise dos requisitos da prescrição aquisitiva por ela elencados, sendo, consequentemente, imperioso o desprovimento do seu presente recurso, com a íntegra manutenção da r. sentença de extinção objetada, pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno desse 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*".

3. Pelo que, em sendo esse o entendimento dos demais, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela embargante.

Sem prejuízo, na forma do § 11, do artigo 85, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios arbitrados em favor do patrono da embargada para 20% (vinte por cento) do valor atualizado dos embargos (Art. 85, § 2º, CPC).

Por fim, ficam as partes advertidas de que a oposição de embargos de declaração fora das hipóteses legais e/ou com efeitos infringentes dará ensejo à imposição da multa prevista pelo artigo 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil. Ademais, considera-se prequestionada a matéria ventilada no recurso (Art. 1.025, CPC), sendo desnecessária a indicação expressa dos dispositivos legais,

Acesso ao Sumário

conforme entendimento consolidado do C. Superior Tribunal de Justiça **(AgRg no REsp: 1470626 PE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 01/03/2016, Segunda Turma, STJ).**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1076168-85.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VOTUPOCA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA, é apelado FORTENGE CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U." Indicado para Jurisprudência. Sustentaram oralmente o Dr. Fábio Percegoni de Andrade e o Dr. William Akira Minami.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.035)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente), ALEXANDRE LAZZARINI E AZUMA NISHI.

São Paulo, 24 de janeiro de 2024

CESAR CIAMPOLINI, Presidente e Relator

Ementa: Ação anulatória de deliberação tomada em reunião de sócios de limitada, ajuizada por minoritária contra majoritária. Ação julgada procedente. Apelação.

O registro de atos societários na Junta Comercial é condição de eficácia apenas *"erga omnes";* entre as partes, o ato, preenchidos seus requisitos de validade, produz de pronto regulares efeitos.

Aprovação de contas de administradores sem ressalvas. Exoneração de responsabilidade, ressalvadas hipóteses de vício de consentimento ou simulação. Inteligência dos §§ 3º e 4º do art. 1.078 do Código Civil. "Uma vez aprovadas, sem reservas, as contas e as demonstrações financeiras, assembleia posterior não pode 'revogar' a deliberação anterior e decidir pela propositura de ação de responsabilidade contra os administradores" (ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO). Não é dado, portanto, à sociedade, revogar aprovação de contas. E, como se sabe, "salvo se anulada, a aprovação das contas sem reservas pela

Acesso ao Sumário

assembleia geral exonera os administradores e diretores de quaisquer responsabilidades" (STJ, REsp 1.313.725, RICARDO VILLAS BOAS CUEVA). Precedente da Câmara.

Não há que se confundir retificação de contas aprovadas, que é poder-dever da sociedade, com revogação da aprovação em si considerada, o que somente é possível mediante provimento jurisdicional desconstitutivo (ação anulatória).

Havendo erro a corrigir, o "bom administrador há de ser o primeiro a propor a retificação, porque a lei exige a exatidão dos balanços. Além de salvaguardar sua reponsabilidade pessoal." (JOSÉ WALDECY LUCENA citando MIRANDA VALVERDE). É que há ligação entre si das contas dos vários anos: "... não se pode deixar de reconhecer a ligação entre os diversos exercícios financeiros, havendo, assim, uma solidariedade contábil entre os balanços de uma mesma empresa. Até porque, o balanço apresenta números encontrados a partir dos dados dos balanços anteriores. Trata-se de uma sequência lógica e inseparável." (FÁBIO MESQUITA RIBEIRO com apoio em CARLOS FUNGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO). Precedentes da Câmara.

A retificação, no entanto, não produz efeitos sobre a aprovação das referidas contas, especialmente no que toca a exoneração dos administradores que as prestaram. O "balanço em si e por si é somente um documento contábil, que como tal não pode ser nulo ou anulável, mas somente conforme ou não conforme aos preceitos legais no seu conteúdo, e aprovado de modo regular ou irregular", de forma que será "contra a atividade realizada pelos administradores ou pelos conselheiros fiscais na redação do balanço que deverá recorrer quem (sociedade, credores, sócios individualmente ou terceiros) se julga prejudicado por ele, e é contra a deliberação de aprovação que deverá recorrer quem pretenda retirar do documento aprovado o seu valor de ato social e as consequências que a ele a lei atribui" (MARCELO VIEIRA VON ADAMEK).

Não realização de conclaves para as aprovações das

Acesso ao Sumário

contas. Irrelevância. Formalidade que se torna dispensável quando todos os sócios decidirem, por escrito, acerca da matéria. Inteligência do §3º do art. 1.072 do Código Civil. Hipótese, ademais, em que o contrato social autoriza a forma simplificada de deliberação de sócios. Prática, de resto, adotada há anos pelas partes. Confirmação da sentença recorrida, na forma do art. 525 do Regimento Interno deste TJSP, com acréscimos de fundamentação. Apelação desprovida.

RELATÓRIO.

Trata-se de ação anulatória de deliberações tomadas em reunião de sócios de Votupoca Empreendimento Imobiliário SPE Ltda., ajuizada por Fortenge Empreendimentos Ltda. contra a sociedade, julgada procedente por r. sentença que se lê a fls. 737/744 e que porta o seguinte relatório:

"Vistos.

FORTENGE EMPREENDIMENTOS LTDA propôs ação contra VOTUPOCA EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO

SPE LTDA. Narra a autora, em síntese, que é sócia da requerida em conjunto com a Engepav Empreendimentos Imobiliários Ltda., sendo esta detentora de 75% do capital social votante da requerida, ao passo que a autora, a Fortenge, é detentora dos 25% restantes. A Votupoca é uma sociedade de propósito específico ('SPE'), constituída com a finalidade de planejamento, organização, promoção, incorporação e comercialização de frações ideais e/ou unidades autônomas do empreendimento imobiliário residencial denominado UPPER VILLE BARUERI ('Empreendimento'), localizado em Barueri/SP. Narra histórico de desentendimentos entre os sócios, que vem se agravando ano a ano, inclusive com a destituição judicial dos administradores indicados pela requerente para administração conjunta com administradores indicados pela sócia majoritária na empresa ré. É que a administração da Votupoca, como demonstra, desde 2011, era realizada por 4 (quatro) administradores, sendo 2 (dois) indicados por cada sócia. Diz que, após a destituição judicial dos administradores indicados pela autora, a requerida convocou e realizou reunião de sócios em 16.06.2021 e, com abuso de poder da sócia majoritária Engepav, aprovou (i) com ressalvas as contas e balanços relativos ao exercício de 2020 e (ii) a revogação das deliberações que aprovaram as contas e os balanços dos exercícios de 2018 e 2019. Aduz que as contas e demonstrações financeiras do exercício de 2020 já haviam sido aprovadas, de modo que o referido item restaria prejudicado. Afirma, ainda, que as contas e as demonstrações financeiras dos exercícios de 2018, 2019 e 2020 também já haviam sido devidamente aprovadas e que, em relação ao exercício de 2018, a deliberação sequer poderia estar sujeita à anulação ante o transcurso do prazo decadencial

Acesso ao Sumário

de 2 (dois) anos previsto no § 4º do art. 1.078 do CC. Narra que a ata de reunião de sócios de 30.03.2021, na qual consta a aprovação sem ressalvas das contas de 2020, foi assinada pelos representantes da sócia Engepav que, posteriormente, impediram o envio da via física à requerente para a coleta das assinaturas faltantes e, ato contínuo, convocaram nova reunião de sócios para revogar as deliberações tomadas antes, ou seja, para aprovar, agora com ressalvas, as contas e demonstrações que já haviam sido aprovadas sem ressalvas. Alega que as demonstrações financeiras relativas aos exercícios sociais findos em 2018 e 2019 também já foram aprovadas, constituindo ato jurídico perfeito anulável apenas por decisão judicial, e não por nova reunião de sócios. Aduz, também, que houve transcurso do prazo decadencial de 2 anos para pleitear a anulação da deliberação de aprovação de contas e demonstrações financeiras de 2018. Afirma igualmente que o voto determinante da Engepav para a aprovação das deliberações da reunião de sócios de 16/06/2021 que ora se pretende anular foi proferido em conflito de interesses com o da sociedade, tendo em vista que se cuida de retaliação da sócia majoritária, que está inconformada com a parte autora, que busca satisfazer seu crédito ao executar fiança. Requer que seja julgada procedente a presente demanda para anular ou declarar nulas as deliberações tomadas na reunião de sócios da requerida de 16/06/2021, com o reconhecimento de que as contas e demonstrações financeiras referentes aos exercícios sociais de 2020, 2019 e 2018 da Votupoca foram e permanecem aprovadas sem ressalvas, com a consequente determinação de expedição de ofício à Junta Comercial do Estado de São Paulo, comunicando-se a anulação das referidas deliberações sociais. A inicial veio acompanhada de documentos (fls. 26/192).

Citada, a ré apresentou contestação às fls. 209/688, na qual alega, em síntese, que as reuniões em que teriam ocorrido as deliberações de contas dos exercícios de 2018, 2019 e 2020 jamais ocorreram. Narra que, quanto às contas relativas ao ano de 2020, não apenas não foi realizada qualquer reunião, como a ata sequer foi devidamente assinada pelas partes, de modo que não haveria como se concluir pela existência de válida deliberação pelas partes. Aduz, ainda, que houve um 'mal-entendido' quando a Engepav não permitiu o envio da ata de reunião de sócios, pois o intuito era de que fosse regularmente convocada uma reunião de sócios para deliberar as contas apresentadas. Afirma que há a possibilidade de que a assembleia revogue a quitação conferida com a aprovação de contas dos administradores em anos anteriores. Por fim, bate-se contra a alegação de existência de conflito de interesses na votação ocorrida na Reunião de Sócios de 16.6.2021 em que ocorreu a retificação das contas dos administradores indicados pela Fortenge relativamente aos exercícios de 2018 e 2019 e a aprovação com ressalvas de suas contas relativas ao exercício de 2020. Defende, em resumo, a regularidade e validade das deliberações tomadas na Reunião de Sócios ocorridas em

Acesso ao Sumário

16.06.2021, razão pela qual a demanda deve ser julgada improcedente.
A contestação veio com documentos (fls. 240/688).
Réplica às fls. 692/719, na qual a autora refuta as alegações apresentadas em contestação e reitera os argumentos já expostos.
Determinadas a se manifestarem sobre o interesse na produção de outras provas (fl. 720), as partes concordam com o julgamento antecipado do feito (fls. 723/730).
Determinadas a se manifestarem sobre o interesse na realização de audiência de conciliação, a autora negou a possibilidade de composição (fls. 735/736).
É o relatório. Fundamento e decido." (fls. 737/739; destaques do original).

Fundamentando, assinalou o Magistrado, de início, que a *"autora alega que a requerida realizou reunião de sócios em 16.06.2021 e, de forma ilegal, aprovou (i) com ressalvas as contas e balanços relativos ao exercício de 2020, e (ii) a revogação das deliberações que aprovaram as contas e os balanços dos exercícios de 2018 e 2019"*; que, em *"relação às aprovações das demonstrações dos exercícios de 2018 e 2019, aduz que só poderiam ser elas anuladas judicialmente, não podendo a assembleia revogar a quitação dada aos administradores mediante a aprovação de contas realizada em assembleias anteriores"; e que, "em relação ao exercício de 2018, a deliberação ocorrida em 29/03/2019 sequer está sujeita à anulação pelo Poder Judiciário, ante o transcurso do prazo decadencial de 2 anos previsto no § 4º do art. 1.078 do Código Civil"*.

Consignou que a ré, de sua parte, alega que *"é possível que a assembleia revogue ou retifique deliberações anteriormente havidas pela sociedade. Adicionalmente, aduz que tais reuniões jamais ocorreram, sendo informais e algumas sequer foram levadas a registro."*

Asseverou que, de *"acordo com o art. 1.154 do Código Civil, o ato sujeito a registro, não pode, antes do cumprimento das respectivas formalidades, ser oposto a terceiro", de forma que "o registro de ato na Junta Comercial tem por objetivo conferir efeitos 'erga omnes' aos instrumentos, e não conferir a ele validade."*

Assentou que, via de consequência, a ausência de registro das "reuniões de sócios realizadas em 29.03.2019 e 27.03.2020", em que aprovadas *"por unanimidade e sem ressalvas as demonstrações financeiras de 2018 e 2019, respectivamente, estando devidamente assinadas (fls. 130/131)", "resulta na falta de efeitos 'erga omnes' ao instrumento"*.

Por outro lado, *"tais documentos foram assinados pelos representantes das sócias, o que é incontroverso nessa demanda, motivo pelo qual é vinculante entre as partes, plenamente válido e eficaz entre os sócios, ao menos até que seja desconstituído",* de forma que *"a mera ausência de registro não representa ilegalidade no ato."*

Acesso ao Sumário

Quanto à controvérsia instaurada, concluiu que *"não é possível a desconstituição de aprovação de contas em reunião de sócios pela mera convocação e realização de nova reunião",* fundamentando que, de *"acordo com o art. 1.078, §§ 3º e 4º, do Código Civil, a aprovação sem reserva do balanço patrimonial e do de resultado econômico, salvo erro, dolo ou simulação, exonera de responsabilidade os membros da administração, sendo certo que se extingue em 2 anos o direito de anular tal aprovação."*

Na hipótese, apontou que *"as demonstrações financeiras relativas ao exercício de 2018 foram aprovadas em 29.03.2019 (fl. 130)", de forma que "é de se reconhecer o término do prazo decadencial em 28.03.2021, motivo pelo qual entendo não ser mais cabível anular a referida deliberação em virtude da decadência do direito."*

Ademais, observou que, *"mesmo que não houvesse decorrido o prazo de 2 anos da realização do ato, não prospera a alegação da requerida de que é possível que a assembleia posterior revogue deliberações anteriormente havidas pela sociedade em assembleia anterior", pois "necessário o ajuizamento de prévia ação de anulação da assembleia para desconstituir a deliberação referente à aprovação das contas, não sendo possível a mera realização de nova reunião com o fito de rever os atos anteriormente realizados."*

Concluiu que *"se mostrou imprestável a reunião de sócios ocorrida em 16.06.2021 e que, por isso, deve ser anulada no tocando à revogação da aprovação das contas dos anos de 2018 e 2019."*

Prosseguindo, fundamentou que deve ser reconhecida validade e eficácia à ata da *"reunião de sócios ocorrida em 30.03.2021",* em que aprovadas as *"demonstrações financeiras relativas ao exercício de 2020."*

Em referida ata, assentou, *"constam as assinaturas dos representantes da Engepav, mas não dos representantes da autora",* fato a que a própria Engepav teria dado causa, pois seus representantes, após *"assinarem o ato, passaram a impedir o envio da via física da ata aos representantes da autora para a coleta das assinaturas restantes."* No tema, não convence defesa da ré de que *"houve um 'mal-entendido' quando a Engepav não permitiu o envio da ata de reunião de sócios, pois ‹o intuito era de que fosse regularmente convocada uma reunião de sócios para deliberar as contas apresentadas› ",* na medida em que, se *"o objetivo era que fosse regularmente convocada uma reunião de sócios, é razoável entender que tal questão seria suscitada antes da assinatura do ato societário pelo próprio representante da Engepav, e não depois, quando a autora inclusive já havia solicitado o envio da versão física para coleta das assinaturas finais."*

A respeito das solicitações da autora, anotou que *"constam na ata as assinaturas dos representantes da Engepav (fl. 125) e que, em diversas ocasiões, a autora requereu por e-mail o envio da versão física do ato para que pudesse*

Acesso ao Sumário

apor sua assinatura (fls. 126/127). Todavia, em 28.04.2021, por ordem de representante da sócia Engepav, a via física não foi encaminhada à autora (fl. 128/129).”

Via de consequência, concluiu que não se sustenta alegação da ré de que, *“como a ata não foi devidamente assinada pelas partes, não há como se concluir pela existência de válida deliberação pelas partes”, pois “foi a própria requerida que impediu a assinatura dos demais na ata ora discutida”*. A tese, assim, significa invocar a própria torpeza.

Ao contrário, forçoso reconhecer, arrematou, que *“a assinatura do representante da Engepav na ata de 30.03.2021 permite concluir que a sócia Engepav aprovou as deliberações ali descritas e que, posteriormente, por mudar seu entendimento, passou a agir contra o entendimento que já havia manifestado e, para obstar o ato, impediu o envio da versão física do instrumento aos demais.”* Deve a outra sócia da ré, assim, *“fazer uso do instrumento correto, qual seja, a ação judicial de anulação, não sendo permitido questionar contas já aprovadas por meio de atuação contraditória, em ‘venire contra factum proprium’, ao obstar o envio da via física à autora, nem por meio de revogação de aprovação de contas através da reunião de sócios ocorrida em 16.06.2021.”*

Em síntese, S. Exa. fundamentou que *“a conduta adotada pela requerida ao convocar e realizar nova reunião de sócios para rever ou revogar aprovação de contas de administrações dos anos de 2018, 2019 e 2020 já submetidas a reuniões anteriores vai de encontro com o previsto no art. 1.078, §§3º e 4º, independentemente das razões e objetivos do sócio majoritário da requerida, razão pela qual a reunião de sócios de 16.6.2021 deve ser anulada.”*

Anoto o dispositivo da sentença:

> “Posto isso, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos formulados pela parte autora, com fulcro no art. 487, I, do CPC, para anular as deliberações da reunião de sócios da Votupoca Empreendimento Imobiliário SPE Ltda realizada em 16.06.2021.
>
> **A presente decisão servirá de ofício a ser protocolado pela parte autora perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) e demais órgãos para fins de averbação, a fim de dar publicidade perante terceiros da anulação das referidas deliberações sociais, comprovando-se nos autos.**
>
> Diante da sucumbência, condeno a parte requerida ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios que, nos termos do artigo 85, § 2º, do CPC, fixo em 10% do valor dado à causa.
>
> Em relação às custas e às despesas processuais, haverá a incidência de correção monetária pelos índices da tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça, a partir de cada adiantamento, bem como de juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da condenação.
>
> Em relação aos honorários advocatícios, haverá a incidência de correção

Acesso ao Sumário

monetária pelos índices da tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça, a partir da data da propositura da ação, bem como de juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado." **(fls. 743/744; destaques do original).**

Apelação da ré Votupoca Empreendimento Imobiliário SPE Ltda. a fls. 747/775.

Argumenta, em síntese, que ***(a)*** seu quadro societário é composto pela apelada Fortenge Empreendimentos Ltda. (25%) e por Engepav Empreendimentos Imobiliários Ltda. (75%), aqui terceira; ***(b)*** era administrada, nos exercícios de 2018 a 2020, por Marcos Mahfuz e Renato Soffiatti Mesquita de Oliveira, indicados pela apelada (de quem são sócios), e por José Fernando Giannella e Eliana Lorenci Maroni, indicados pela Engepav, sendo que os dois primeiros, por intermédio de duas sociedades contratadas para prestar serviços de construção civil (Hox Engenharia Ltda.) e gestão financeira e imobiliária (Prolabor Desenvolvimento Imobiliário SPE Ltda.), e que são por eles controladas, causaram-lhe prejuízos; ***(b)*** a Engepav ajuizou ação cominatória (proc. 1060192-09.2019.8.26.0100, da 2ª Vara Empresarial e de Conflitos relacionados à Arbitragem do Foro Central), em que concedida tutela provisória para determinar a realização de auditoria na apelante, para apurar prejuízos decorrentes das contratações de Hox e Prolabor; ***(c)*** nunca se preocupou em analisar a fundo a administração de Marcos e Renato, pois eles, e a apelada Fortenge, são quem detém expertise no ramo de construção civil, *"tendo sempre, ao longo dos anos, apenas assinado uma minuta padrão de Reunião de Sócios, enviada pelo contador da empresa, para aprovar suas contas"* (fl. 757); ***(d)*** a quebra de confiança ocorreu quando Marcos e Renato se recusaram a fornecer *"integral acesso dos sócios Engepav ao sistema de controle de custos da obra e, ainda mais, da recusa em cumprirem a deliberação social de contratação e realização de auditoria sobre os referidos custos e a implementação da construção do empreendimento"* (fl. 757); ***(e)*** laudo realizado por empresa de auditoria na outra demanda concluiu pela existência de diversas irregularidades; ***(f)*** a Engepav ajuizou, ainda, ação de responsabilidade civil contra a apelada Fortenge e os agora ex-administradores Marcos e Renato (proc. 1000984-26.2021.8.26.0100, da 2ª Vara Empresarial e de Conflitos relacionados à Arbitragem do Foro Central da Capital; fls. 581/640), pendente de julgamento; ***(g)*** sobreveio, então, a reunião de sócios de 16/6/2021, a cuja anulação visa a apelada, pela qual restou deliberada *"a retificação das deliberações sociais relativas aos exercícios de 2018 e 2019 para que as contas fossem aprovadas com ressalvas, em especial por conta dos malfeitos cometidos pela Hox e pela Prolabor, empresas por eles controladas, que foram apontados pela mencionada auditoria e acobertados por ambos"* (fl. 759) e *"a aprovação também com ressalvas das contas relativas ao exercício de 2020"* (fl. 760); ***(h)*** foi em razão das irregularidades constatadas que optou por

Acesso ao Sumário

não mais simplesmente assinar minuta padrão de reunião de sócios com aprovação de contas, mas sim por efetivamente convocar reunião para tal finalidade, sendo a mudança de postura a causa do mal entendido que resultou na ausência de envio de minuta padrão à apelada; ***(i)*** é lícito à sociedade retificar suas próprias contas, não havendo prazo decadencial para tanto, o que não se confunde com a anulação da deliberação que as aprovou, pleito para o qual sequer detém legitimidade; ***(j)*** colaciona, a respeito, julgados desta relatoria (Ap. 1110009-13.2017.8.26.0100 e AI 2193053-48.2019.8.26.0000; fls. 763/764) e diversos excertos doutrinários (fls. 761, 763 e 764); (k) de todo modo, ainda que se entenda ser cabível apenas a anulação da deliberação, o prazo decadencial de 2 anos para tanto, previsto no § 4º do art. 178 da Lei 6.404/1976, iniciou-se apenas em 27/5/2020, que foi quando tomou conhecimento dos ilícitos praticados por Marcos e Renato mediante laudo elaborado na ação cominatória; ***(l)*** as reuniões de sócios que aprovaram as contas dos exercício de 2018 e 2019, em verdade, nunca ocorreram, como atesta o fato de nunca terem sido registrados os documentos ali produzidos, pelo que justificada sua retificação na reunião aqui impugnada; ***(m)*** a exceção prevista no § 3º do art. 1.072 do Código Civil, pela qual a *"reunião ou a assembleia tornam-se dispensáveis quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto delas"*, em se tratando de aprovação de contas, exige prévia deliberação em reunião ou assembleia que a aprove, conforme jurisprudência, ou previsão contratual neste sentido (Enunciado 228 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal), não existentes na hipótese; ***(n)*** o mesmo ocorreu com a ata de inexistente reunião de sócios, não arquivada ou registrada em livro próprio, em que teria sido deliberada a aprovação das contas do exercício de 2020 e que está, confessa, subscrita por preposto da Engepav, ressaltando que já era, à época, intensa a litigiosidade entre as partes; ***(o)*** o documento sequer conta com a assinatura da apelada, pelo que inválida a deliberação; ***(p)*** não foi ele enviado à apelada porque seria convocada a assembleia aqui impugnada.

Requer a reforma da sentença, decretando-se a improcedência da ação.

Contrarrazões da autora Fortenge Empreendimentos Ltda. a fls. 785/823.

Expõe que ***(a)*** o real motivo para ter a apelante deliberado, na reunião de sócios impugnada, havida em 16/6/2021, por revogar as aprovações, sem ressalvadas, de contas dos exercícios de 2018 2020 dos então administradores Marcos e Renato, reside no fato de que estes últimos promovem ação de cobrança contra José Fernando Giannella e Eliana Lorenci Maroni Gianella, sócios da Engepav, por sua vez sócia controladora da apelante, pois fiadores de mútuo milionário celebrado com esta última para viabilizar a conclusão do empreendimento imobiliário para o qual foi constituída; ***(b)*** não há fundamento jurídico para revogação unilateral de deliberação societária em que aprovadas contas de administradores, pois ato jurídico perfeito, ao mesmo tempo que a pretendida

Acesso ao Sumário

revogação afeta esfera de terceiros (os administradores); ***(c)*** colacionam, neste sentido, precedente de minha relatoria (AI 2238189-39.2017.8.26.0000) e excertos doutrinários (fls. 798/800), além de impugnar doutrina colacionada pela apelante (fls. 803/805); ***(d)*** transcorreu o prazo decadencial de anulação das deliberações que aprovaram as contas dos exercícios de 2018 a 2020, que era bienal, na forma do § 4º do art. 1.078 do Código Civil; ***(e)*** as contas do exercício de 2020 foram aprovadas, sem ressalvas, em 31/3/2021, conforme ata de reunião de sócios, que apenas não conta com a assinatura de seu representante por óbices ilícitos impostos pela Engepav; ***(f)*** é verdade que, fisicamente, não houve reuniões de sócios em que aprovadas as contas de 2018 a 2020, o que não retira a validade e eficácia das atas que atestam a aprovação, haja vista a incidência do § 3º do art. 1.078 do Código Civil, que dispensa reunião ou assembleia *"quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto delas"*, não havendo qualquer óbice para que, por este meio simplificado, se delibere sobre aprovação de contas da administração, notadamente na hipótese, eis que é prática de longa data adotada pelas partes (10 anos); ***(g)*** ao contrário do sustentado pela apelante, o contrato social, no parágrafo quinto da cláusula 9ª, dispensa reunião ou assembleia de sócios para tomada de contas da administração (cláusula 9ª; fl. 813), evidenciada má-fé por omitir a informação; ***(h)*** o arquivamento de ato societário tem por finalidade produzir efeitos ***erga omnes***, não constituindo requisito de validade; ***(i)*** a Engepav participou ativamente de toda a administração da apelante, nada havendo que reclamar por ter aprovado as contas dos administradores indicados pela apelada, sendo sabido, desde a celebração de acordo dos quotistas da apelante em 1º/12/2011 (ou seja, a apelada e a Engepav), que seriam contratadas empresas do grupo econômico integrado pela apelada para prestação de serviços à apelante (fl. 817); ***(j)*** tanto assim que Fernando, sócio da Engepav, é ou foi sócio de Construtora Central Araraquara Ltda., que atua no mesmo ramo da apelante (possui ele, portanto, expertise no objeto social da apelante), ao mesmo tempo que o contrato social estipula que os atos de administração deverão ser praticados sempre por 2 administradores em conjunto, sendo um deles nomeado pela apelada e o outro pela Engepav (cláusula 5ª; fl. 253), múnus que Fernando desempenhou ao acompanhar os serviços prestados tanto pela Hox quanto pela Prolabor; ***(k)*** assim também está previsto no acordo de acionistas (fl. 819); ***(l)*** eventuais irregularidades na construção do empreendimento imobiliário para o qual constituída a apelante, fundamento maior que apresentou para justificar a revogação da aprovação das contas dos exercícios de 2018 a 2020, mesmo se existentes, não se prestariam a tal finalidade, eis que o projeto foi concluído em 2016; ***(m)*** não é verdade que a Engepav teve dificuldades para acessar o sistema de gerenciamento de obras (sistema Sienge), pois comprovado, nos autos da ação cominatória, que o acesso se dá de forma diária desde 2013, tendo a própria Engepav lá confessado que nunca teve

Acesso ao Sumário

problemas para tanto.

Oposição das partes a julgamento virtual (fls. 827 e 829).

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

É o caso de confirmar-se a r. sentença, da lavra do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Empresarial e de Conflitos relacionados à Arbitragem do Foro Central Cível da Capital, Dr. GUILHERME DE PAULA NASCENTE NUNES, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

À fundamentação de S. Exa., considerados os argumentos lançados pelas partes, no recurso e na respectiva resposta, cumpre acrescentar que precedentes desta mesma relatoria invocados por ambas as partes apenas abona, a conclusão alcançada pela sentença.

Trata-se dos acórdãos lavrados nos julgamentos da Ap. 1110009-13.2017.8.26.0100 e do AI 2193053-48.2019.8.26.0000, invocados pela apelante, e do AI 2238189-39.2017.8.26.0000, brandido pela apelada.

Da fundamentação dos referidos julgados, extrai-se fundamental distinção para o caso aqui tratado: não se pode confundir, **retificação** de contas aprovadas por reunião ou assembleia de sócios com **revogação** da deliberação dos sócios que aprovou as contas.

A primeira pode ser feita pela sociedade a qualquer tempo; a segunda, tão somente se invalidada a deliberação, o que apenas pode se dar mediante provimento jurisdicional desconstitutivo.

Senão vejamos.

Da Ap. 1110009-13.2017.8.26.0100, a que o AI 2193053-48.2019.8.26.0000 faz expressa remissão e em que se apoiou (os recursos, em verdade, versavam sobre o mesmo litígio, ainda que envolvendo ações distintas), extrai-se relevante contribuição doutrinária a respeito da possibilidade de sociedade retificar contas aprovadas de administradores:

> "Não se discute que era dado à assembleia rever, como o fez, as contas antes aprovadas, de 2014 e 2015.
>
> É o que, com acuidade, demonstra FÁBIO MESQUITA RIBEIRO, com apoio em MODESTO CARVALHOSA e FABIO KONDER COMPARATO, em dissertação de mestrado defendida na Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas (Assembleia de Aprovação de Contas dos Administradores de Sociedade Anônima: Regime de Invalidades, págs. 34 e seguintes). A respeito, também, JOSÉ WALDECY LUCENA, com invocação de escritos de EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, e ainda de J. C. SAMPAIO DE LACERCA. Havendo erro a corrigir, '[o] *bom administrador*', enfatiza LUCENA citando MIRANDA VALVERDE, *'há de ser o primeiro a propor a retificação, porque a lei exige a exatidão dos balanços. Além de salvaguardar sua reponsabilidade pessoal.'* (Das Sociedades Anônimas Comentários à Lei, vol. II, págs. 201/202).

> Faço um parêntese no raciocínio para enfatizar que é intuitiva a noção de ligação entre si das contas dos vários anos, como, aliás, anota MESQUITA RIBEIRO com apoio em CARLOS FUNGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO. De fato, *'não se pode deixar de reconhecer a ligação entre os diversos exercícios financeiros, havendo, assim, uma solidariedade contábil entre os balanços de uma mesma empresa. Até porque, o balanço apresenta números encontrados a partir dos dados dos balanços anteriores. Trata-se de uma sequência lógica e inseparável.'* (ob. cit., pág. 42). Deste modo, as contas em tela, de 2014, 2015 e 2016 deverão ser tomadas como um todo, verificadas implicações das anteriores nas posteriores."

Como se vê, existe vínculo de continuidade entre as demonstrações da sociedade, de forma que, se constatada qualquer irregularidade nas já aprovadas, não há como se regularizar as seguintes, sem regularização das anteriores.

E assim devem proceder os administradores.

Ressalte-se que demonstrações contábeis não são válidas nem inválidas, mas apenas regulares ou irregulares, na medida em que observem, ou não, os requisitos intrínsecos ou extrínsecos exigidos pela legislação contábil, e que traduzam informações fidedignas.

Neste sentido, a doutrina de MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, também referida na apelação:

> "Especificamente em relação aos vícios do balanço e os seus reflexos na deliberação de aprovação, vale mencionar que, na Itália, a orientação prevalente na Corte de cassação era de que: (i) deliberação assemblear de aprovação de balanço redigido com violação da regra de veracidade seria nula; e (ii) seriam anuláveis aquelas que aprovassem balanço redigido com violação de outros princípios ou critérios legais. Por balanço violador do primado da regra de veracidade, os tribunais consideravam *'um bilancio falso oppure um bilancio a tal punto oscuro da rendere inconoscibile la situazione economia e patrimoniale dela società e, perció, impossibile l´accertamento dela aderenza del documento al principio di verità'* (Francesco Galgano, La società per azioni, cit., n. 5, p. 340). A partir de 2000, porém, a Corte de cassação, curvando-se ao entendimento prevalente na Corte de Milão, modificou essa sua orientação e passou a considerar igualmente nula, por ilicitude de objeto, a deliberação de aprovação de balanço não claro (cf. Francesco Galgano, Il nuovo diritto societário, cit., n. 5, pp. 333-334, *Il negozio giuridico. In Trattato di diritto civile e commerciale* già direto da Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni e continuato da Piero Schlesinger, 2. Ed., Milano: Giuffré, 2002, n. 64, pp. 295-296). Ainda sobre o ponto, não seria ocioso lembrar o seguinte reparo terminológico importante 'Que quando se fale de nulidade ou anulabilidade não se pode entender outra coisa a não ser nulidade ou anulabilidade da deliberação que o aprova, é observação que se reporta a uma antiga nota de Carnelutti (Sobre o conceito de reclamação judiciária contra o balanço final de liquidação das sociedades anônimas,

Acesso ao Sumário

em Revista de direito comercial, 1912, II, 649) e que, já acolhida por toda a doutrina, não pode não ser aceita: o balanço em si e por si é somente um documento contábil, que como tal não pode ser nulo ou anulável, mas somente conforme ou não conforme aos preceitos legais no seu conteúdo, e aprovado de modo regular ou irregular." (**Responsabilidade Civil dos Administradores de S.A. e as Ações Correlatas**, págs. 267/268; grifei).

VON ADAMEK cuida, ainda, doutra questão aqui tratada, que nada tem que ver com possibilidade de retificação de contas aprovadas: a invalidação da deliberação da reunião ou assembleia de sócios que as aprovou:

"É, portanto, contra a atividade realizada pelos administradores ou pelos conselheiros fiscais na redação do balanço que deverá recorrem quem (sociedade, credores, sócios individualmente ou terceiros) se julga prejudicado por ele, e é contra a deliberação de aprovação que deverá recorrer quem pretenda retirar do documento aprovado o seu valor de ato social e as consequências que a ele a lei atribui' Giovanni E. Colombo, *Il bilancio di esercizio dele società per azioni*, cit, n. 103, p.396; tradução livre do autor)." (**Ibidem**).

Ainda daquele aresto, confira-se outro excerto, que remete à doutrina de ARNOLD WALD e ALBERTO XAVIER:

"Tornou-se, assim, manso e pacífico que a aprovação de um balanço irregular é nula em virtude de ser ilícito o seu objeto e de ter violado leis de ordem pública. O problema, até agora, não foi discutido pelos nossos Tribunais, mas a jurisprudência estrangeira já teve o ensejo de considerar nula a deliberação que aprovou um balanço no qual ocorrera excessiva valorização do ativo. É, aliás, entendimento dominante que o abuso de poder praticado pela assembleia geral enseja uma violação da lei cuja consequência é a nulidade do ato. Quando se trata de lançamento que violou norma legal imperativa, não há dúvida de que estamos diante de uma nulidade absoluta que não convalesce com o decorrer do tempo, pois — *quod nullum est, nullum producit effectum*. Há, pois, o consenso entre os comercialistas quanto à possibilidade de a empresa retificar seu balanço, utilizando do mesmo poder que a jurisprudência atribuiu à Administração de declarar a nulidade dos seus próprios atos (Súmula 346, do STF) e de anulá-los quando viciados (Súmula 473, do STF)" **(Vícios do Balanço sua Retificação e Consequências, págs. 527/530; apud MESQUITA RIBEIRO, ob. cit., pág. 33; grifei).**

Como se sabe, decide-se reiteradamente nos Tribunais pátrios que *'salvo se anulada, a aprovação das contas sem reservas pela assembleia geral exonera os administradores e diretores de quaisquer responsabilidades'* (no STJ, **v.g**., REsp 1.313.725, RICARDO VILLAS BOAS CUEVA palavras entre aspas de S. Exa.; nesta 1ª Câmara de Direito Empresarial, **v.g**., de minha relatoria, AI 2238189-39.2017.8.26.0000). E essa anulação, ou a declaração de nulidade, acrescente-se, pode dar-se por vício das próprias contas."

Acesso ao Sumário

Em arremate: não é exato que teria esta 1ª Câmara reconhecido a possibilidade de sociedade, por reunião ou assembleia de sócios, reconsiderar deliberação pela qual aprovou contas de administrador.

O que pode fazer é retificá-las. Nada além disto. Somente por ação com pedido de invalidação é que a aprovação, dada por deliberação em reunião ou assembleia de sócios, poderá ser desconstituída.

E um dos efeitos da deliberação pela aprovação das contas (que não poderá ser desconstituído por simples retificação), é exoneração de responsabilidade dos administradores, na forma do § 3º do art. 1.078 do Código Civil:

"**Art. 1.078.** (...)

§ 3º A aprovação, sem reserva, do balanço patrimonial e do de resultado econômico, salvo erro, dolo ou simulação, exonera de responsabilidade os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal. (...)"

Foi esta a ***ratio decidendi*** do AI 2238189-39.2017.8.26.0000, citado pela apelada:

"Leia-se lição de ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA:

'Conforme exposto no artigo 267, se a assembleia aprova as demonstrações financeiras sem reservas, ou se, além de aprová-las, aprova, como item específico, as contas dos administradores, a companhia está vinculada a seu ato, que é irretratável, e somente pode ser modificado por decisão judicial. Para a ação social (mas não a individual) em face de administrador, requer-se seja preliminarmente obtida, judicialmente, a anulação da deliberação de aprovar as contas dos administradores. E como a ação de anulação de deliberação da assembleia prescreve em dois anos (art. 286), estará prescrita se não for proposta neste período; e não havendo anulação, não pode ser interposta a ação social de indenização.

A assembleia não pode, ela própria, revogar o ato de aprovação das contas que criou direito para os administradores: trata-se de ato jurídico que tem efeito na esfera jurídica dos administradores, pois os exonera de responsabilidade. (...)

O prazo de três anos para a ação de reparação civil constante do artigo 287, II, alínea 'b', 2, é uma regra geral, aplicável aos fundadores, acionistas, administradores, liquidantes, fiscais, ou sociedade de comando, que somente tem aplicação quando o exercício da ação de responsabilidade não está impedido pela quitação dada pela assembleia consubstanciada na aprovação, sem reservas, das demonstrações financeiras. Por conseguinte:

a) Se a assembleia aprova, sem reservas, as demonstrações financeiras, sua deliberação exonera os administradores de responsabilidade, salvo erro, dolo, fraude ou simulação; nesse caso seu ato só pode ser anulado por deliberação judicial, e como a ação de reparação pressupõe a anulação do ato da assembleia, somente pode ser promovida, na for-

ma do artigo 286, no prazo de dois anos contados da deliberação; com o decurso desse prazo, sem propositura da ação de anulação com a de reparação, estarão extintas ambas as ações.' (**Direito das Companhias, 2ª ed., págs. 1.536/1.538**; grifei).

Da mesma forma, ALBERTO XAVIER:

'A aprovação das contas anuais, sem reservas, além de fixar o lucro líquido do exercício, tem, pois, eficácia liberatória dos administradores, significando isto que a sociedade renuncia a exigir-lhes responsabilidade pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. Devendo, porém, salientar-se que essa liberação e consequente renúncia não existe se a deliberação da assembleia que tiver concedido a aprovação se encontrar viciada por erro, dolo, fraude ou simulação (art. 134, § 3º, *in fine*). Em tal caso, essa deliberação será impugnável, no prazo de dois anos, nos termos do artigo 286; e, reconhecida a consequente nulidade, poderá ser proposta a ação de responsabilidade contra os administradores.' (**Administradores de Sociedade, pág. 107/108**; grifei e dei destaque em negrito)."

Cumpre, ainda, enfrentar a alegação da apelante de que, porque nunca houve conclave, não poderiam produzir efeitos as atas das reuniões relativas às contas dos exercícios de 2018 a 2020 (fls. 130, 131 e 125, respectivamente).

A tese não vinga.

Incide na hipótese o § 3º do art. 1.072 do Código Civil:

"**Art. 1.072**. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembleia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato. (...)

§ **3º** A reunião ou a assembleia tornam-se dispensáveis quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto delas."

Em suas razões de apelação, defende a Votupoca Empreendimento Imobiliário SPE Ltda. que *"matérias elencadas no art. 1.078 do Código Civil – que engloba, em seu inciso I, a análise das contas dos administradores – considerando a relevância dos temas tratados, devem elas necessariamente ser objeto de deliberação em reunião ou assembleia"*, ressalvada previsão em contrato social que assim autorize.

Não atentou a apelante, inclusive quando reproduziu o teor do ***caput*** da cláusula 9ª do contrato social (fl. 770), que seu parágrafo quinto autoriza, expressamente, a forma simplificada de deliberação:

"**CLÁUSULA NONA (9ª)** – As sócias reunir-se-ão pelo menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social, com o objetivo de tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o resultado econômico, designar administradores, se for necessário, e tratar de quaisquer outros assuntos constantes da ordem do dia.(...)

PARÁGRAFO QUINTO - Torna-se dispensável a reunião quando todos as sócias decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto da

Acesso ao Sumário

mesma." **(fls. 44 e 46; negrito do original, meus grifos).**

Isto já seria suficiente para se concluir pela validade e eficácia dos instrumentos de fls. 130 (aprovação das contas do exercício de 2018), 131 (exercício 2019) e 125 (exercício 2020), todos subscritos por preposto da apelante com poderes para tanto, como incontroverso.

Soma-se, ainda, que a própria apelante confessa que *"nunca se preocupou em analisar a fundo as contas prestadas por Marcos e Renato relativamente aos assuntos que eram de sua expertise, tendo sempre, ao longo dos anos, apenas assinado uma minuta padrão de Reunião de Sócios, enviada pelo contador da empresa, para aprovar suas contas"* (fl. 757).

Era, portanto, costume das partes a aplicação do parágrafo quinto da cláusula 9ª do contrato social da apelante.

Por fim, especificamente quanto à aprovação das contas do exercício de 2020, o documento foi assinado por preposto da apelante, que expressamente manifeste sua concordância com seu teor.

Posto isso, confirmo a sentença apelada.

Na forma do § 11 do art. 85 do CPC, elevo os honorários sucumbenciais cabentes aos patronos da apelada, de 10% para 20% do valor da causa (fl. 25: R$ 10.000,00), mantido o critério do § 2º do art. 85 do CPC, à mingua de recurso da parte interessada, ou dos próprios advogados, em que se pedisse elevação.

DISPOSITIVO.

Nego provimento à apelação.

Consideram-se prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais tratados, implícita ou expressamente, no julgamento.

Na hipótese de, em que pese este prévio prequestionamento, virem a ser opostos embargos de declaração ao acórdão, seu julgamento se dará em ambiente virtual.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1058119-90.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante COMPANHIA DE SEGUROS PREVIDÊNCIA DO SUL, são apelados EDNEI APARECIDO PEREIRA, EDILSON APARECIDO PEREIRA e EDNILSON APARECIDO PEREIRA.

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, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade

com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.644)**

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

São Paulo, 16 de fevereiro de 2024.

ISSA AHMED, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação de indenização. Contrato de seguro de vida. Autores, filhos da segurada, que buscam ver reconhecido o direito ao recebimento da indenização objeto da apólice de seguro, ante a alegada morte acidental da contratante. Sentença de procedência. Irresignação da seguradora, ora apelante, que prospera. Da narrativa da parte e demais documentos apresentados, verifica-se que a segurada faleceu em consequência de infecção pelo vírus da Hepatite "C", não se configurando a "morte acidental", objeto do contrato securitário. Inexistindo a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no contrato de seguro, descabida se mostra a pretendida indenização. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de indenização movida por Ednei Aparecido Pereira, Edilson Aparecido Pereira e Ednilson Aparecido Pereira contra Companhia de Seguros Previdência do Sul, na qual os autores buscam a condenação da ré ao pagamento da indenização, decorrente do contrato de seguro de vida firmado entre a de cujus e a instituição demandada. Requerem, ainda, a condenação da ré na obrigação de reparar os danos morais.

O Juízo de Primeiro Grau julgou a ação parcialmente procedente para condenar a ré na obrigação de pagar aos autores o valor contratual da cobertura pelo evento morte, no valor de R$ 38.346,00.

Na apelação, a ré busca a reforma da sentença, ao argumento de que o contrato de seguro não cobre o evento morte causado por doença, como ocorreu no caso, em que a causa do falecimento da segurada foram as consequências da infecção pelo vírus da Hepatite "C".

Vieram contrarrazões (fls. 289 a 292).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Ao que se vê, Maria Aparecida de Jesus Pereira ajustou contrato de segu-

Acesso ao Sumário

ro de vida com a ré, que previa o pagamento de indenização em caso de morte acidental ou invalidez permanente, total ou parcial, por acidente.

Narram os autores, filhos da *de cujus*, que a segurada veio a falecer, no dia 18 de dezembro de 2016, em decorrência de infecção pelo vírus da Hepatite, do tipo C, o que se comprova por meio da certidão de óbito à fls. 15.

Buscam os autores o reconhecimento do direito à indenização objeto do contrato de seguro de vida, pois o evento da morte de Maria teria decorrido de circunstância prevista na cobertura securitária.

Sem razão, contudo, como se passa a expor.

A abrangência do contrato de seguro está prevista no Item 3.1, das Condições Gerais, a fls. 80 dos autos, que assim dispõe:

"3.2 Garantias Básicas:

3.2.1 Morte Acidental (MA): é a garantia do pagamento do Capital Segurado ao(s) Beneficiário(s), em caso de morte do Segurado ocasionada pelo evento acidente pessoal, ocorrido durante a vigência do Seguro.

a) Para os menores de 14 (quatorze) anos, esta garantia destina-se exclusivamente ao reembolso das despesas com funeral, que devem ser comprovadas mediante apresentação de contas originais especificadas, que podem ser substituídas, a critério da Seguradora, por outros comprovantes satisfatórios, observando-se que se incluem entre as despesas com funeral as havidas com o traslado e não estão cobertas as despesas com aquisição de terrenos, jazigos ou carneiros."

A definição de "acidental pessoal" está bem delineada no Item 2.1 das Condições Gerais (fls. 73), nos seguintes termos:

"2.1 Acidente Pessoal: é o evento com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário, violento, causador de lesão física, que, por si só e independente de toda e qualquer causa, tenha como consequência direta a morte ou a invalidez permanente total ou parcial do Segurado ou torne necessário o tratamento médico, observando-se que:

2.1.1 Incluem-se nesse conceito:

a) o suicídio, ou a sua tentativa, que será equiparado, para fins de indenização, a acidente pessoal, observada legislação em vigor;

b) os acidentes decorrentes da ação da temperatura do ambiente ou influência atmosférica, quando a elas o Segurado ficar sujeito, em decorrência de acidente coberto;

c) os acidentes decorrentes de escapamento acidental de gases e vapores;

d) os acidentes decorrentes de sequestros e tentativas de sequestros; e

e) os acidentes decorrentes de alterações anatômicas ou funcionais da coluna vertebral, de origem traumática, causadas exclusivamente por fraturas ou luxações, radiologicamente comprovadas."

E mais, as Condições Gerais, nos Itens 2.1.2 e 4.1.1 (fls. 73 e 80), exclui do direito à indenização os eventos ocorridos em consequência de qualquer tipo

Acesso ao Sumário

de doença, como se vê:

"2.1.2 Excluem-se desse conceito:

a) as doenças (incluídas as profissionais), quaisquer que sejam as suas causas, ainda que provocadas, desencadeadas ou agravadas, direta ou indiretamente por acidente, ressalvadas as infecções, estados septicêmicos e embolias, resultantes de ferimento visível causado em decorrência de acidente coberto;

4.1 4.1 Estão expressamente excluídos de todas as garantias deste Seguro os eventos ocorridos em consequência:

4.1.1 de qualquer tipo de doença, incluídas as profissionais, LER/DORT, fibromialgias e síndromes miofasciais, quaisquer que sejam suas causas, ainda que provocadas, desencadeadas ou agravadas, direta ou indiretamente por acidente, ressalvadas as infecções, estados septicêmicos e embolias resultantes de ferimento visível."

Dito isso, é bem de ver que, no caso em exame, a segurada faleceu em decorrência de doença (Hepatite "C"), não se verificando, desse modo, a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no contrato de seguro. Por isso, descabida a indenização aqui pleiteada.

Assim, reforma-se a sentença para julgar improcedente a ação.

Diante da sucumbência, os autores pagarão custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil, ressaltando-se os benefícios da justiça gratuita concedidos em favor dos demandantes (fls. 24).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010447-55.2017.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que são apelantes/apelados CHRISTIANI LIMONGI ENGENHARIA E CONSTRUCOES LTDA e EMPREITEIRA DELTA EIRELI - EPP, é apelado/apelante SERGIO DE MAGALHAES FILHO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso das rés e deram parcial provimento ao recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.514)**

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

São Paulo, 20 de fevereiro de 2024.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULOS C.C. RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E RECONVENÇÃO. Empreitada. Reforma de imóvel residencial. Preço limite da obra estipulado em contrato. Cobrança de valores adicionais promovidos pelas contratadas após o término da obra. Crédito inexigível. Valores referentes a serviços e materiais previstos em contrato e que deveriam integrar o preço teto. Serviços adicionais, que supostamente elevaram o preço da empreitada, não demonstrados a contento. Contrato, ademais, que previa consentimento prévio do autor para despesas que ultrapassassem o teto fixado, o que não restou provado. Desembolso de quantia superior ao teto pelo contratante para pagamento de serviços e materiais previstos em contrato. Direito ao reembolso. Revisão do contrato para majorar a contraprestação pelo serviço de administração da obra, em razão dos acréscimos ao projeto inicial promovidos pelo autor. Impossibilidade. Inaplicabilidade da teoria da imprevisão. Modificações que são naturais em tal tipo de atividade. Ausência de prova de suposta onerosidade excessiva para as rés e extrema vantagem para o autor. Dano moral. Inocorrência. Ofensas verbais contra sócios das rés, promovidas por e-mails privados, que não violam a sua honra objetiva. Sentença mantida no mérito. Sucumbência. Autor vencido em parte mínima na lide principal. Ônus da sucumbência que devem ser carreados às rés. Sentença reformada nesse ponto. Honorários advocatícios. Base de cálculo. Valor da condenação, conforme ordem de preferência estabelecida no art. 85, § 2º, caput, do CPC. Jurisprudência do STJ. Sentença mantida nesse ponto. Verba honorária majorada na demanda principal e na reconvenção. Razoabilidade e proporcionalidade. Sentença reformada nesse ponto.
Recurso das rés não provido. Recurso do autor provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelações interpostas por Christiani Limongi Engenharia e

Construções Ltda. e Empreiteira Delta Eireli EPP (fls. 4.963/5.006) e por Sérgio de Magalhães Filho (fls. 5.009/5.019) contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Itu, Dr. Bruno Henrique Di Fiore Manuel (fls. 4.931/4.937 e 4.960), que julgou: (a) parcialmente procedente a ação declaratória c.c. ressarcimento de danos materiais ajuizada pelo Apelante Sérgio em face das empresas Apelantes para condená-las à restituição do montante de R$ 179.095,25 (cento e setenta e nove mil e noventa e cinco reais e vinte e cinco centavos), além de declarar inexigíveis as duplicatas questionadas na inicial; e (b) improcedentes os pedidos de cobrança e de reparação moral deduzidos pelas Apelantes-rés em reconvenção.

Asseveram as Apelantes-rés a responsabilidade do Apelante-autor pelo pagamento de valores superiores aos estimados no contrato de empreitada celebrado entre as partes, lastreados nas notas fiscais questionadas. Para tanto, sustentam: (a) que, embora estipulados preços fixos pelos serviços de gestão e execução da obra por elas prestados, o contrato teria previsto preços mutáveis por serviços específicos relacionados no Anexo III, que poderiam ser prestados pela própria empreiteira Apelante, pelos valores por ela apresentados, cujo preço final, contudo, **"dependeria das quantidades que fossem efetivamente realizadas"** (fls. 4.977), ou por empresas e profissionais de livre escolha do Apelante-autor; (b) que o Apelante-autor não estaria limitado aos preços estimados em contrato por tais serviços específicos caso optasse por contratar terceiros para prestá-los, como de fato teria feito, conforme atestado por testemunhas em audiência e registrado no sistema informatizado de prestação de contas da obra compartilhado entre as partes através de sítio eletrônico denominado "*Private Pay*"; (c) a possibilidade de variação desses preços por alterações de projetos, materiais e fornecedores realizadas a pedido do Apelante-autor ou sob seu consentimento, conforme estipulado na cláusula 2ª, § 2º, do contrato; (d) que o Apelante-autor e seus arquitetos teriam realizado diversas alterações e adições ao projeto original, além de modificar a quantidade de materiais utilizados, majorando consideravelmente os valores estimados em contrato, conforme reconhecido pela perícia judicial (fls. 4.059 e 4.066), devendo ser responsabilizado pelo pagamento do excedente, sob pena de restar caracterizado o seu enriquecimento ilícito; (e) que o Apelante-autor não teria questionado em nenhum momento os serviços adicionais executados pelas Apelantes-rés, o que implicaria consentimento, devendo ser responsabilizado pelo seu pagamento, nos termos do art. 619 do Código Civil; (f) o pleno controle pelo Apelante-autor dos custos incorridos na obra, conforme atestado pela perícia produzida nos autos, seja através das visitas semanais ao imóvel, seja pelas reuniões mensais de prestação de contas, seja em tempo real, com as adições e atualizações de informações dos gastos da empreitada no site *Private Pay*, de pleno acesso do Apelante-autor; (g) ter cumprido todas as obrigações contratuais e entregue a obra nos moldes solicitados

Acesso ao Sumário

pelo Apelante-autor, conforme demonstrado pela perícia produzida nos autos, além da prova oral colhida em audiência e das trocas de e-mails entre as partes (fls. 2.781/2.833) e dos relatórios de medição (fls. 2.835/2.903 e 2.981/3.007); (h) a exigibilidade das notas fiscais questionadas, pois lastreadas em serviços efetivamente prestados, como provado por documentos trazidos aos autos, pelos depoimentos das testemunhas e pelos esclarecimentos prestados pelo perito em audiência; (i) que o Apelante-autor teria contratado terceira empresa para a fabricação e a instalação de portão no imóvel, não prevista no projeto original e vedada pelas normas do condomínio, impedindo, por consequência, a aprovação do projeto de reforma na prefeitura local, conforme explanado pelo perito judicial em audiência e no parecer técnico de fls. 4.401/4.438; (j) a ausência de qualquer questionamento do Apelante-autor aos custos dos serviços e dos materiais a ele disponibilizados nos relatórios de medição e no sistema *Private Pay*; (k) que não lhes caberia vetar qualquer alteração ordenada pelo Apelante-autor na reforma de sua própria casa, sendo dele a responsabilidade de arcar com os custos excedentes de tais modificações, inexistindo preço máximo a ser observado, mas mera estimativa contratual do custo total da obra, com base nas condições originalmente estabelecidas; (l) inobstante, não poderia o Apelante-autor se beneficiar da própria torpeza, realizando diversas modificações que oneraram a obra e aumentaram o tempo para a sua conclusão (como reconhecido pelo perito judicial às fls. 4.070) para depois alegar que o contrato previa um teto de gastos; (m) que o atraso para a entrega da obra e os custos adicionais também decorreriam de uma série de solicitações extraordinárias, não contempladas no projeto original, como, por exemplo, a reforma do sistema de esgoto da cozinha e a instalação de drenos na área externa do imóvel, circunstância também atestada pela perícia, que teria listado em tabela anexa ao laudo 19 (dezenove) projetos supervenientes à assinatura do contrato, conforme inclusive reconhecido em audiência pelo arquiteto contratado pelo Apelante-autor e comprovado pelos documentos de fls. 1.724/1.727, 2.694/2.775 e 4.440; (n) que a reforma já estaria finalizada quando da realização do casamento da filha do Apelante-autor, restando pendentes apenas pequenos retoques, conforme demonstrado pela prova oral colhida em audiência; (o) a exigibilidade do crédito consubstanciado nas notas fiscais questionadas, no valor total de R$ 393.001,49 (trezentos e noventa e três mil e um real e quarenta e nove centavos) cobrado em reconvenção, pois correspondentes a serviços efetivamente prestados ao Apelante-autor, conforme reconhecido pela perícia (fls. 4.058, 4.069, 4.083, 4.477 e 4.482), dos quais ele teria tomado ciência e verificado a sua execução nas vistorias semanais, nas reuniões mensais e nos lançamentos em tempo real através do site *Private Pay*; (p) a necessidade de revisão do contrato celebrado entre as partes a fim de remunerar a Apelante-corré Christiani Construções pelo trabalho adicional de administração em razão das imprevisíveis, extraordinárias e excessivamente

Acesso ao Sumário

onerosas modificações promovidas pelo Apelante-autor que teriam elevado a complexidade da obra; e (q) ter suportado dano moral em razão das agressivas ofensas verbais perpetradas pelo Apelante-autor, conforme trechos de correspondências trocadas entre as partes e da própria petição inicial destacados às fls. 5.003/5.005, além de intrigas por ele criadas entre os empregados e prestadores de serviço das Apelantes-rés, violando assim o bom nome, reputação e boa fama por elas adquiridas no segmento de mercado em que atuam. Pretendem a reforma da r. sentença.

Sustenta o Apelante-autor que não deveria ser condenado a pagar honorários de sucumbência aos advogados das Apelantes-rés, pois vencido em parte mínima, apenas no pedido de ressarcimento pelo superfaturamento dos valores de prestadores de serviços e por desperdício de material. Subsidiariamente, pugna: (a) pela redução da verba honorária fixada em seu desfavor na ação principal para quantia não superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais); (b) pela majoração dos honorários de sucumbência fixados em favor de seus advogados na ação principal para abranger o valor dos títulos declarados inexigíveis e na reconvenção para abranger o pedido decaído de reparação moral em valor não fixado pelas Apelantes-rés; e (c) pela majoração do percentual da verba honorária fixado na ação principal para 20% do valor da condenação. Pede também, de forma subsidiária, a condenação das Apelantes-rés, vencidas, a arcar com: (a) a integralidade dos honorários periciais, em razão dos princípios da sucumbência e da causalidade; e (b) 70% das custas e despesas processuais. Pretende a reforma da r. sentença.

Os recursos são tempestivos.

Contrarrazões ao recurso das Apelantes-rés às fls. 5.025/5.053 e ao recurso do Apelante-autor às fls. 5.054/5.061.

Oposição ao julgamento virtual (fls. 5.065).

É o relatório.

O recurso das Apelantes-rés não comporta provimento. O recurso do Apelante-autor merece ser provido em parte.

Do recurso das Apelantes-rés.

Conforme narrado na petição inicial e relatado na r. decisão saneadora, o Apelante-autor:

> "... firmou com a primeira ré (Limongi) operação negocial denominada Consecução e Administração de Obra e Reforma, estando a execução dos serviços de empreitada a cargo da corré, Delta. Afirma o demandante que, de acordo com o pactuado, o valor máximo a ser despendido para a conclusão da reforma seria de R$ 2.299.897,70, já incluídos materiais, mão de obra e equipamentos, tendo a requerida, Limongi, assumido a obrigação de arcar com as despesas que eventualmente ultrapassassem o patamar estipulado. Desse valor, R$ 230.000,00 seriam a título de contraprestação à administração e execução da obra, ao passo que, o

Acesso ao Sumário

restante, estava atrelado aos custos de materiais, fornecedores, mão de obra, facultado ao autor minimizar os custos mediante aquisição direta de bens.

Alega o autor que a requerida, Limongi, inadimpliu diversas cláusulas do contrato e não cumpriu o cronograma previsto. Bem por isso, o requerente, por volta do mês de junho de 2017, assumiu o gerenciamento da obra e passou a arcar, diretamente, com a aquisição de materiais e com o pagamento de prestadores de serviços, fornecedores e funcionários, despesas que somam a quantia aproximada de R$ 800.000,00.

Afirma, ainda, que a requerida encaminhou comunicado de entrega da obra sem prévia vistoria, estando inacabado o trabalho, e passou a cobrar a quantia de R$ 393.001,49, sem considerar o montante despendido pelo requerente para a finalização dos trabalhos. Entende, pois, inexistir dívida líquida, certa e exigível a amparar os títulos levados a protesto. O demandante sustenta possuir crédito relativo ao valor que excedeu o patamar máximo previsto em contrato para a execução da obra. Requer, pois, seja a requerida, Limongi, condenada ao pagamento do montante gasto em excesso, bem como ao reembolso de valores pagos a maior em razão do superfaturamento na contratação de serviços, bem como em decorrência do desperdício de materiais." (fls. 3.909/3.910)

Em defesa, as Apelantes-rés alegam, segundo relatado no saneador, que: "... o contrato celebrado prevê três grupos de serviços e preços, a saber, o valor da contraprestação ao serviço de administração, fixado em R$ 230.000,00, o montante correspondente aos serviços previamente orçados, relacionados no Anexo II do contrato, fixado em R$ 775.255,00, sem margem de variação, e a quantia correspondente aos serviços no Anexo III, a serem realizados por empresa ou profissional de livre escolha do autor. Para esse último grupo, a empresa **Delta** apresentou seu preço unitário, indicando os quantitativos estimados.

As requeridas alegam haver finalizado a obra e cumprido as obrigações acessórias a que se comprometeram (apresentação de 3 propostas de orçamento, administração, reuniões periódicas). Impugnam a assertiva de que houve superfaturamento e desperdício de materiais.

Salientam que, no transcorrer da obra, ocorreram alguns percalços, especialmente em razão de diversas alterações do projeto arquitetônico inicial. Afirmam, ainda, que os relatórios de medição eram mensalmente disponibilizados ao preposto nomeado pelo autor, para o acompanhamento da obra, e as notas apresentadas nunca foram impugnadas. Asseveram que, a partir de maio de 2017, o requerente passou a efetuar os pagamentos periódicos com atraso e, em julho, deixou de efetuá-los por completo. Rebatem a afirmação de que o montante de R$ 800.000,00 deve ser abatido das despesas do contrato porquanto não guardam nexo com a operação negocial." (fls. 3.910)

Acesso ao Sumário

As Apelantes-rés também apresentaram reconvenção, afirmando, consoante narrado pelo juízo a quo na mesma decisão:

"... que, apesar de cumpridas as obrigações do contrato, o autor reconvindo deixou de pagar as duas últimas prestações relativas ao preço contratado pelo serviço da primeira requerida, Limongi, e os custos com mão de obra e materiais despendidos pela corré Delta. Requerem, pois, seja o autor condenado ao pagamento do referido montante, com os acréscimos e consectários legais. Além disso, pleiteiam a revisão do contrato a fim de que seja a requerida, Limongi, remunerada pelo trabalho adicional de administração, notadamente em razão das inúmeras alterações do projeto arquitetônico. Requerem a condenação do autor à reparação de danos morais e pleiteiam a aplicação de multa por litigância de má fé." (fls. 3.910/3.911)

Diante dos fatos narrados e dos argumentos apresentados pelas partes e devolvidos nos apelos, depreende-se como principais pontos controvertidos: (a) a existência de preço máximo estipulado para a obra; (b) o direito do Apelante -autor à restituição dos valores por ele despendidos que supostamente excederam tal teto (preço máximo); (c) a possibilidade e a ocorrência de exceções a tal limite de preço e a exigibilidade dos valores cobrados pelas Apelantes-rés; e (d) o integral cumprimento do contrato pelas Apelantes-rés.

Respeitados os argumentos das Apelantes-rés, o contrato celebrado entre as partes é claro ao prever um preço limite para a execução da obra.

Conforme explanado pelo perito judicial:

"O preço contratado está dividido em 3 modalidades, com as seguintes considerações:

Administração: o **preço fixo** a ser pago para a Ré pelo serviço de administração da obra foi de **R$ 230.000,00** sendo 12 x R$15.000 + R$50.000 de parcela Final condicionado a total atendimento do contrato, *'independente do volume da obra, tempo dispendido e dos gastos na consecução da reforma...'* (Cláusula 4ª do Contrato). Não foram pagos a última parcela de R$15.000 e R$ 50.000.

Mão de obra: o **preço fixo e imutável** para fornecimento de mão de obra de acordo com item 30 do Anexo II foi de **R$ 775.255,00**, sendo R$ 735.621,75 para pagamento de mão de obra, e R$39.633,25 para pagamento mediante apresentação das respectivas Notas Fiscais. Conforme Nota 1 do Anexo I do contrato *'sem nota fiscal será compensado'*.

Materiais e Serviços contratados de terceiros: o preço global previsto foi de **R$ 1.334.275,95 podendo ser mutável 'para baixo'**, conforme 'Nota 1' no rodapé do Anexo I pag. 76: *'O valor total não considera aproveitamento de materiais e será previsto para baixo com aproveitamento item a item, salvo mão de obra do item 30'*." (fls. 4.048; destacou-se)

Ou seja, ainda que se considere suposta variação a maior do preço dos materiais em relação ao projetado no contrato, como alegado em recurso, tal circunstância não autorizava às Apelantes-rés a exceder o preço limite estipulado, pois o § 1º da cláusula segunda possibilitava somente a revisão para baixo dos valores estimados, *in verbis*:

Acesso ao Sumário

> "A Contratada está de acordo com o projeto recebido do Contratante e com todas as observações já levadas a cabo em reuniões que antecederam a contratação, observações essas anotadas nas reuniões, pelas partes e pelo preposto do Contratante, as quais incluem o **objetivo básico de reduzir ao máximo o total estimado** nas planilhas (Anexos I a III) que acompanham o presente, rubricadas pelas partes, já que **a remuneração fixa da Contratada também inclui esse mister**. Concorda, também, que o Contratante livremente conferirá periodicamente, no andamento dos trabalhos, as planilhas apresentadas detalhadamente nesta data, pela Contratada, promovendo cotejo de valores e cotações, como estimativa de materiais e metragem de pisos, soalhos e outros materiais de acabamento **solicitando, sempre que necessário, sejam feitos ajustes nas estimativas** lançadas no Anexo I, incluam elas materiais e mão de obra ou não, quer em função de aproveitamento de materiais, tais como ferragens, pisos, pedras de calçamento externo e piscina, calçada, louças e acabamentos de banheiros, batentes e portas existentes, aquecimento solar e elétrico, **revendo assim, sempre para baixo, as estimativas levadas a cabo preliminarmente como base e não aproveitamento do que na casa já existe, e sempre colaborando para a minimização dos dispêndios que o Contratante fará na aquisição dos materiais e serviços de terceiros**." (fls. 76; destacou-se)

Somando-se, portanto, os valores estipulados pelos serviços de administração e de execução da obra e os valores estimados de materiais e serviços contratados de terceiro, chega-se a um total de R$ 2.339.530,95 (dois milhões trezentos e trinta e nove mil quinhentos e trinta reais e noventa e cinco centavos), sobre o qual a construtora Apelante- corré responsabilizou-se em contrato:

> "... obrigando-se por eventuais diferenças a maior que ao cabo se revelarem sem o prévio consentimento do Contratante, concordando que aqui fica limitado o dispêndio do Contratante ao valor por ela agora estimado no supracitado Anexo I, para cabal execução da reforma." (cláusula 2ª, § 2º; fls. 76/77)

Assim entendeu a bem lançada sentença:

> "De se ressaltar que o contrato de fls. 75/106 e os anexos seguintes previram preço fixo preestabelecido para todos os serviços, materiais, mão de obra, administração e outros, ficando a cargo das requeridas eventuais diferenças a maior, conforme cláusula 2ª, § 2º, do respectivo contrato." (fls. 4.936)

Nesse ponto, as Apelantes-rés prendem-se ao argumento de que as despesas excedentes ao orçamento estipulado se deram sob prévio consentimento do Apelante-autor ou mesmo, em diversos casos, por sua solicitação, considerando-se as várias modificações no projeto original que majoraram o preço estimado.

Suas razões não prosperam.

Muito embora o perito tenha constatado a execução de serviços não previstos em contrato, também verificou a não realização de serviços contratados,

Acesso ao Sumário

fato confirmado em audiência pelo arquiteto do Apelante-autor, ouvido como testemunha arrolada pelas Apelantes-rés, inexistindo elementos nos autos que permitam concluir pela existência de eventual saldo credor em favor delas após a compensação, ônus que lhes cabia, conforme distribuição do ônus da prova determinada em despacho saneador (fls. 3.913/3.914).

Deve-se considerar ainda que restaram demonstrados alguns descumprimentos contratuais, o que, no mínimo, já seria o suficiente para abater a parcela final no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), *"condicionada a plena realização da meta do Contratante"* (cláusula 4ª; fls. 78), como afirmado no laudo pericial produzido nos autos:

> *"Entendemos que a parcela de R$50.000,00 foi condicionada no contrato a todo o atendimento do contrato, fato que realmente não ocorreu."* (fls. 4.459)

Os inadimplementos por parte das Apelantes-rés, apesar do esforço argumentativo em recurso, restaram evidenciados pelos depoimentos de duas testemunhas que prestaram serviços na obra e outra responsável pela organização da festa de casamento da filha do Apelante- autor, realizada no imóvel, que asseveraram o atraso na entrega da obra, não desmentidas pelas testemunhas das Apelantes-rés que também prestaram serviços na obra (pintura e instalação de esquadrias), em especial o pintor, que, confrontado com fotografias da reforma constantes dos autos, afirmou não se recordar se a reforma já se encontrava finalizada quando da celebração do matrimônio.

A perícia também constatou o atraso.

Pela análise de imagens de satélite extraídas do site *Google Earth*, tiradas em diferentes datas, o perito verificou o andamento da obra (fls. 4.054/4.057), o que o levou a concluir que o prazo foi descumprido.

> O *expert* afirmou, inclusive, que, além do prazo contratual (25/07/2017), as obras ainda não estavam concluídas quando da celebração do casamento da filha do autor (09/09/2017):
>
> "Considerando que (a) o prazo contratual fixado para execução da obra era 25/07/2017; (b) conforme documentos anexados ao processo o Autor precisava da obra concluída para celebração do casamento de sua filha em 09/09/2017; (c) na declaração de José Carlos Alcoéa da Gesso Lider (f.3237) a montagem da festa foi realizada com trabalhadores da festa e da obra se misturando e que serviços internos de pintura não haviam sido finalizados até aquela data; (d) na nota 4 da f.3172, o autor declara que teve que arcar com custos de aluguel de banheiros, e caminhões de água para que o casamento pudesse acontecer (vide notas fiscais de Lorenzon Loc. Equip. nas folhas 1009 e1058); (e) na relação elaborada pelo Réu nas fls 3103/3124 existem notas fiscais de materiais e serviços diversos emitidas e pagas após esta data; podemos deduzir que no dia 09/09/2017 as obras não estavam concluídas." (fls. 4.067; ver tb fls. 4.071, item 5))

Acesso ao Sumário

Também listou outros inadimplementos contratuais por parte da Apelante-ré, um deles inclusive que pode ter contribuído para o aumento do custo da obra:

> "Considerando como obrigação da Ré o cumprimento de todos os itens do Contrato, em especial da Cláusula 1ª do Contrato (Objeto), da Cláusula 6ª (Obrigações da Contratada), do valor total da obra estimado no Anexo I conforme Cláusula 2ª- parágrafo 2º e o prazo de entrega conforme Cláusula 5ª, entendo que algumas metas não foram cumpridas, ou seja: a obra não terminou no prazo, a Ré não apresentou os projetos aprovados na prefeitura, a Ré não apresentou regularmente as 3 cotações de materiais antes de sua aquisição e também o valor total estimado na Cláusula 1ª, parágrafo 2º, foi ultrapassado." (fls. 4.054; destacou-se)

O perito também destacou que o fato de o Apelante- autor ter instalado um portão no imóvel, em contrariedade às normas do condomínio, não foi determinante para o descumprimento da obrigação contratual das Apelantes-rés de aprovação do projeto junto à prefeitura local:

> "O rito de andamento de um empreendimento inicia-se pela aprovação do projeto, no caso, frente ao condomínio e à prefeitura municipal, e deve ocorrer antes do início da obra, a fim de obter os alvarás e permissões necessários para a subsequente execução da obra. Como ficou claro nos autos esse rito não ocorreu, visto que a negativa do condomínio para tal portão não se deu no início do projeto, e sim no meio da obra, que se desenvolveu sem as devidas autorizações.
> (...)
> No caso o anteprojeto já existia na assinatura do contrato, no entanto a entrada para aprovação no condomínio se deu em abril de 2017 mais de 9 meses após início das obras, não existe explicação nos autos para o pedido tardio de autorização junto ao condomínio. No trâmite esperado a questão do portão seria detectada no início do empreendimento, antes de sua execução em desconformidade com as normas do condomínio. No rito normal de primeiro se aprovar o projeto, a questão do portão teria sido detectada e evitada.
> (...)
> Mas como o pedido foi tardio com obra em andamento não se tratou de aprovar projeto mas As Built, 'como construído' de obra acabada ou em andamento, causando o transtorno e impossibilitando a aprovação junto à prefeitura." (fls. 4.502 e 4.515 e 4.517)

Ademais, o *expert* asseverou que houve falhas: (a) na determinação do escopo inicial da obra, sobretudo ante "a *descrição muito suscinta dos itens nos Anexos II e III e a falta de um Memorial Descritivo da obra a ser contratada com especificações precisas dos materiais a serem utilizados*" (fls. 4.078; item 26, "a"); (b) "*na elaboração dos projetos executivos iniciais, detalhamentos e especificações, inclusive quanto à pavimentação externa*" (fls. 4.079; item 26, "b"); e (c) de controle de contas, mormente considerando-se "*o descumprimento*

Acesso ao Sumário

do contrato por parte da Ré quanto à apresentação de 3 cotações de cada material/serviço (relevante) antes de sua compra, para aprovação pelo Autor que pode ter resultado no descontrole da Ré quanto às compras e pagamentos feitos diretamente pelo Autor" (fls. 4.079; item 26, "d").

Não havia sequer um projeto formal definido quando da contratação acompanhando o instrumento contratual, mas apenas esboços de projetos realizados e modificados ao longo da obra que foram enviados por ambas as partes ao perito.

Conforme observado pelo *expert*:

"O Projeto de Engenharia (considerando a documentação gráfica e descritiva da obra) seja Básico ou Detalhado é devidamente caracterizado na legislação seja na Lei 8666/93 seja na Resolução 361 do CONFEA, é a peça mais importante da documentação técnica de uma Obra de Engenharia, **sendo neste caso negligenciado no momento do contrato, visto que o mesmo não fez parte como anexo do mesmo, apesar de citar na Clausula 2ª § 1 que a contratada está de acordo com o projeto recebido**.

(...)

Falta de correta definição de ESCOPO através de anexo no contrato do Projeto de Engenharia e Memoriais Descritivos. **A descrição das atividades e quantitativos de material imprecisos e sem detalhamento no contrato abriram margem para desentendimentos aqui expostos."** (fls. 4.046; destacou-se)

"Considerando que na Cláusula 3º do Contrato a Ré declara que *'estudou as plantas e imagens 3D apresentadas pelo Contratante, como também vistoriou detidamente o imóvel, terreno e construção existente, estrutura, equipamentos, calculando detidamente os serviços que fará e comandará, estando plenamente consciente das dificuldade e/ou necessidades que a obra lhe imporá na sua execução, não podendo alegar imprevisão ou qualquer outro pretexto para justificar aditamentos e/ou revisão do contrato ou majoração dos valores estimados nos Anexos I a III'*, podemos concluir que **nenhum item ficou de fora do valor máximo contratado. No entanto devido à falta de documentos gráficos (projetos executivos) e memoriais descritivos anexos ao Contrato, não está claro o objeto contratado**." (fls. 4.071; destacou-se)

Assim, demonstrado pela perícia que os valores pagos pelo Apelante -autor pela empreitada excederam o teto estipulado em contrato (fls. 4.074 e 4.461/4.462), não podem as Apelantes-rés cobrar-lhe por serviços adicionais alegando suposta ampliação do escopo da obra, considerando-se (a) o direito do consumidor à "*informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço*" (art. 6º, III, do CDC); (b) o fato de as Apelantes-rés terem se obrigado expressamente em contrato a respeitar o limite de preço total da obra estipulado em contrato, vinculando-as a tal valor (art. 40,

Acesso ao Sumário

§ 2º, do CDC); e (c) terem elas dispensado a formalização de um projeto inicial integrado ao contrato e uma descrição pormenorizada dos serviços e materiais em seus anexos.

Deve-se considerar, ainda, que as Apelantes-rés não provaram, como lhes cabia, suposta autorização do Apelante-autor para execução dos serviços ditos extracontratuais a autorizar a cobrança de valores acima do teto estipulado em contrato, como afirmou o perito:

> "... os gastos a maior para execução dos serviços contratados seriam obrigação do contratado, caso não fossem previamente consentidos pelo contratante.
>
> Neste caso **não encontramos nos autos nenhuma notificação ou pedido de consentimento por parte do contratado**, é um fato, não um exame inadequado." (fls. 4.498; destacou-se)

Vale citar outro trecho do laudo discorrendo sobre tal circunstância:

> "Alterações no projeto executivo inicial e/ou novas solicitações não foram devidamente tratadas pela administradora da obra. Se o gestor da obra (réu) entendia que o que estava sendo executado estava foro do escopo contratual, este deveria ter documentado cada mudança no momento da ocorrência, tratando a questão de alteração de escopo, tempo, custo, qualidade e risco obtendo a aprovação antes de sua execução.
>
> Os relatos nos autos indicam que as mudanças quando ocorriam, seja ela por solicitação ou condições impostas não eram confrontadas com o contrato." (fls. 4.047)

Indagado se estavam previstos no contrato os serviços de reforma do esgoto da cozinha e de instalações de drenos na área externa do imóvel, o perito assim respondeu:

> "Na Cláusula 3ª do Contrato a Ré declara que *'estudou as plantas e imagens 3D apresentadas pelo Contratante, como também vistoriou detidamente o imóvel, terreno e construção existente, estrutura, equipamentos, calculando detidamente os serviços que fará e comandará, estando plenamente consciente das dificuldades e/ou necessidades que a obra lhe imporá na sua execução, não podendo alegar imprevisão ou qualquer outro pretexto para justificar aditamentos e/ou revisão do contrato ou majoração dos valores estimados nos Anexos I a III'*. Isto posto entendo que **a execução destes serviços para acerto de defeitos construtivos ou de uso já deveria estar previsto nas 'verbas' do item 19 do Anexo II e no Código 70 do Anexo III**." (fls. 4.067; destacou-se)

Questionados pelas Apelantes-rés, que insistiram tratar-se de serviços não previstos no contrato, o perito assim esclareceu:

> "Não foi encontrado evidência de proposta de serviço extracontratual para os alegados serviços. Neste caso específico, a ré entendia que se trata de trabalhos extracontratuais, mas **executou o serviço sem acordo prévio**. Este perito não pode afirmar sem evidência documental que é extracontratual, visto ainda os problemas documentais dos projetos,

explanado no item 2.1 desta manifestação." (fls. 4.508; destacou-se)

Tampouco convence a alegação de consentimento tácito do Apelante-autor por não ter manifestado oposição aos supostos serviços adicionais e extracontratuais prestados.

Apesar do disposto no art. 619, parágrafo único, do Código Civil[1], deve-se levar em conta a relação de consumo existente entre as partes, a atrair a aplicação da legislação especial do CDC, sobretudo a exigência de autorização expressa do consumidor para modificação do orçamento inicialmente estipulado (art. 40, §§ 2º e 3º).

Deve-se considerar, ainda, que o próprio contrato exigia consentimento prévio do Apelante-autor para que ele se responsabilizasse por eventuais diferenças a maior em relação ao limite estimado (cláusula 2ª, § 2º; fls. 76/77), autorização essa, portanto, que deveria ser expressa, dado que *"As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*" (art. 47 do CDC).

Ainda que ao Apelante-autor fosse concedido acesso ao Private Pay, sítio eletrônico atualizado diariamente que reunia a prestação de contas da obra, tal circunstância não pode ser interpretada como uma forma de aval tácito dele acerca de todos os serviços que eram executados, inclusive os ditos extracontratuais que elevariam o preço limite estipulado contratualmente, pois, como constatou o *expert*:

> "Entre as atribuições do administrador de um empreendimento, está a administração do custo, que busca prever desvios (valor previsto x valor gasto), e antecipar o 'estouro' do orçamento, tomando medidas prévias para corrigir ou refazer os orçamentos previsto. Tais medidas não foram feitas. **O privatepay é um aplicativo para controle contábil e não para gerenciamento financeiro de obra, e demonstra somente os custos já consolidados, não estabelece relação com cronograma físico financeiro e com gastos futuros para apoio à gestão e decisão."** (fls. 4.504; destacou-se)

Importa registrar, ainda, que o perito, ao ser indagado sobre as notas fiscais cobradas em reconvenção (nºs 80, 85, 125, 126, 128, 129, 130 e 131), afirmou referirem-se "*basicamente, a serviços previstos nos Anexos I e II contrato*" (fls. 4.471), integrando, portanto, o preço máximo estipulado.

Conforme bem decidiu a r. sentença:

> "Os serviços contemplados nestas notas fiscais integram os anexos contratuais que descreveram o quanto contratado, de modo que sua cobrança à parte é indevida." (fls. 4.935/4.936)

Por todas essas razões, e independentemente da discussão acerca do integral cumprimento do contrato, fato é que o Apelante-autor desembolsou valores

1 "Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou."

Acesso ao Sumário

a maior em relação ao orçamento limite estipulado entre as partes, ausente prova de suposto consentimento prévio dele acerca da execução de serviços extracontratuais que acabariam por elevar tal preço teto.

Destarte, como bem decidiu o juízo *a quo*:

> "... tendo em vista a apuração de que o requerente pagou R$ 179.095,25 a mais do que foi pactuado entre as partes, inexigíveis as notas fiscais emitidas posteriormente." (fls. 4.936)

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença no ponto em que acolheu os pedidos declaratório e de condenação das Apelantes-rés a restituir ao Apelante-autor o excesso pago conforme cálculo realizado pela perícia, ficando, por consequência, mantida também a rejeição do pedido de cobrança deduzido em reconvenção.

Melhor sorte não assiste às Apelantes-rés no ponto em que pleiteiam a revisão do contrato para elevar a contraprestação do serviço de administração da obra prestado pela construtora Apelante-corré pelo trabalho adicional de administração em razão das modificações promovidas pelo Apelante-autor.

Isso porque alterações de projeto e execução de serviços adicionais em uma obra não podem ser considerados acontecimentos extraordinários, tampouco imprevisíveis, mas relacionados à atividade normal de construtoras e empreiteiras.

Não obstante, as Apelantes-rés não provaram que tais modificações – de pequeno porte comparadas à totalidade da obra – implicaram-lhe onerosidade excessiva e extrema vantagem para o Apelante- autor, como exigido pelo art. 478 do Código Civil, afigurando-se razoável para a remuneração do serviço de administração, considerada a obra acabada, o preço contratado de R$ 230.000,00 (duzentos e trinta mil reais). No mais, vale citar novamente as razões da bem lançada sentença:

> "As partes são maiores, capazes e não há provas nos autos de que o contrato apresente vícios ou seja manifestamente desproporcional. Por essa razão, perfeitamente válida a previsão de preço fixo, apesar de não usual, não havendo que se falar em revisão do contrato." (fls. 4.936)

Por fim, com a devida vênia, o pedido de reparação moral deduzido pelas Apelantes-rés tampouco merece prevalecer, pois não violada a sua honra objetiva, ou seja, o seu nome e/ou imagem, ainda que seus sócios, por correspondências privadas (e-mail) possam ter sofrido insultos verbais por parte do Apelante-autor, tampouco restaram comprovadas as alegadas intrigas por ele introduzidas em meio a seus funcionários.

Do recurso do Apelante-autor.

Respeitados os fundamentos da r. sentença, que distribuiu de forma proporcional os ônus de sucumbência na ação principal, as custas e despesas processuais e os honorários advocatícios devem ser carreados integralmente às Apelantes-rés.

Acesso ao Sumário

Isso porque o Apelante-autor restou vencido na demanda principal em parte mínima dos pedidos, enquadrando-se o caso em análise na hipótese prevista no art. 86, parágrafo único, do CPC.

Com efeito, depreende-se da petição inicial e emenda (fls. 01/15 e 563/580) que o Apelante-autor pediu: (a) a inexigibilidade do crédito cobrado pelas Apelantes-rés, no valor total de R$ 393.001,49 (trezentos e noventa e três mil e um real e quarenta e nove centavos); (b) a sua condenação a restituir-lhe o valor por ele desembolsado que excedeu o preço máximo estipulado em contrato, no mínimo estimado de R$ 152.031,59 (cento e cinquenta e dois mil e trinta e um reais e cinquenta e nove centavos); e (c) para que elas fossem condenadas também ao reembolso dos valores superfaturados de material e mão-de-obra, que seriam demonstrados no curso do processo.

A r. sentença acolheu os pedidos declaratório e de restituição do excesso pago, fixado, conforme laudo pericial, em R$ 179.095,25 (cento e setenta e nove mil e noventa e cinco reais e vinte e cinco centavos), resultando num proveito econômico relevante de R$ 572.096,74 (quinhentos e setenta e dois mil e noventa e seis reais e setenta e quatro centavos), rejeitado apenas o pleito de reembolso dos valores superfaturados, o que pode ser considerado sucumbência mínima, pois sequer estimados pelo Apelante-autor, que apenas dispunha de indícios de superfaturamento de materiais e serviços de pequeno valor, o que motivou a improcedência desse pedido.

De rigor, portanto, a reforma da r. sentença nesse ponto para condenar as Apelantes-rés ao pagamento da integralidade das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência na ação principal, pois vencido o Apelante-autor em parte mínima dos pedidos.

No entanto, com a devida vênia aos argumentos do Apelante-autor, correta a base de cálculo da verba honorária adotada pela r. sentença, ou seja, o valor da condenação, pois em consonância com o disposto no art. 85, § 2º, do CPC, que, segundo entendimento consolidado do C STJ, introduziu:

> "... a seguinte **ordem de preferência**: (I) **primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º)**; (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II. a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II. b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º)." (REsp nº 1.746.072/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/acórdão Min. Raul Araújo, 2ª Seção, j. 13/02/2019; destacou-se)

Acesso ao Sumário

Por seu turno, carece o Apelante-autor de interesse recursal no ponto em que pede a majoração da base de cálculo da verba honorária de sucumbência fixada na reconvenção para abranger o valor dos danos morais pleiteados pelas Apelantes-rés.

Isso porque a r. sentença fixou os honorários "*em 10% do valor da reconvenção*" (fls. 4.937), valor este que abrange a reparação moral pleiteada, estimada em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) conforme emenda à inicial da reconvenção apresentada pelas Apelantes-rés às fls. 3.921.

Por fim, quanto aos valores dos honorários arbitrados em ambas as lides, considerando-se a complexidade da causa, que demandou extensa dilação probatória, o minucioso trabalho desenvolvido pelos patronos do Apelante-autor, inclusive em grau de recurso (art. 85, § 11, do CPC), o tempo de duração da demanda e o local de prestação dos serviços, bem como o porte econômico das partes, devem ser majorados os honorários advocatícios para 15% do valor da condenação na demanda principal e para 15% do valor da causa na reconvenção, montantes que estão de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e dentro dos limites estabelecidos pelo art. 85, § 2º, do mesmo código.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso das Apelantes-rés e dá-se parcial provimento ao recurso do Apelante- autor para reformar a r. sentença a fim de: (a) carrear integralmente às Apelantes-rés os ônus da sucumbência na ação principal; e (b) majorar os honorários advocatícios de sucumbência para 15% do valor da condenação na ação principal e para 15% do valor da causa na reconvenção.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2058981-85.2023.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante PDG -SP 7 INCORPORAÇÕES SPE LTDA., é agravado MUNICÍPIO DE SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencido o Relator sorteado, que declara", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.467)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS, vencedor, JOÃO ALBERTO PEZARINI, vencido, OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente) e WALTER BARONE.

São Paulo, 9 de janeiro de 2024.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator designado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – IPTU e Taxa de Coleta de Lixo – Exceção prévia de executividade parcialmente acolhida para limitar a atualização e o cálculo dos juros à Taxa Selic, a partir da vigência da EC 113/21 – Possibilidade de alcançar todo o valor da dívida – Julgamento do RE 1.216.078/SP que permite Estados e Distrito Federal legislar sobre índices de correção monetária e taxas de juros até os percentuais estabelecidos pela União para esse fim (Tema 1.062) que, por simetria, se estende à legislação municipal – Precedentes desta Corte – Decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

Agravo de Instrumento interposto contra decisão que, em execução fiscal[1] por dívida de IPTU e Taxa de Coleta de Lixo, acolheu parcialmente a exceção prévia de executividade para limitar os índices dos encargos moratórios à *Taxa Selic*, a partir da vigência da EC 113/21. A agravante alega inconstitucionalida-

1 Valor da execução fiscal em junho de 2018: R$ 2.218,35.

de da forma de atualização e do cálculo de juros previstos na lei municipal, com possibilidade de incidência da *Taxa Selic* para atualizar o montante da dívida, de acordo com a jurisprudência do STF (ADI nº 442/SP e Tema nº 1.062), sem considerar a vigência da EC 113/2021, daí propugnando pela reforma da decisão (fls. 01/11). Recurso processado com efeito suspensivo e não respondido.

Relatado.

O recurso merece provimento.

Inicialmente não há se falar em ofensa a Súmula 393, do STJ, por se tratar de matéria que não demanda dilação probatória, cuja adequação aos percentuais estabelecidos para atualização de créditos tributário da União pode ser realizada por simples cálculo aritmético, tampouco em sobrestamento do feito por afetação ao Tema 1.217/STF (RE 1.346.152 RG/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe. 25/05/2022), porque reconhecida a repercussão geral sem determinação de suspensão dos processos (CPC, art. 1.035, §5º).

No mais, com o advento do novo Código de Processo Civil, passou-se a adotar a sistemática do julgamento estendido ou prolongado (CPC, art. 942), devendo o Colegiado *uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente* (CPC, 926), de maneira que passo a acompanhar o entendimento prevalente nesta Câmara, no sentido de que a correção monetária e o cálculo de juros, previstos na lei municipal, não devem exceder à *Taxa Selic.*

Com efeito, no julgamento do RE 1.216.0787/SP, o Supremo Tribunal conferiu competência aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre a atualização de seus créditos tributários e os juros de moratórios aplicáveis, respeitados os percentuais fixados pela União (Tema 1.062), entendimento que, por simetria, se estende aos Municípios, como já decidiu esta 14ª Câmara de Direito Público:

> *APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPTU e Taxa de Remoção de Lixo Domiciliar – Exercício de 2016 – Alegação de excesso de execução diante da inconstitucionalidade das taxas de juros e correção monetária aplicada pelo Município de Santos em taxa superior à Taxa SELIC, em violação ao entendimento do C. STF – Pretensão de substituição da CDA com a readequação dos índices – Possibilidade – Matéria apreciada no julgamento do RE 1.216.078/SP, com repercussão geral reconhecida, firmando-se a tese de que os estados-membros e o Distrito Federal podem legislar sobre índices de correção monetária e taxas de juros de mora incidentes sobre seus créditos fiscais, limitando-se, porém, aos percentuais estabelecidos pela União para os mesmos fins (Tema 1062) e que se estende, por simetria, à legislação municipal – Sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal reformada – Recurso provido. (Apelação Cível 1006881-70.2022.8.26.0562; Relator: REZENDE SILVEIRA; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/11/2022; Data de Registro: 18/11/2022).*

Acesso ao Sumário

APELAÇÃO – Embargos à execução – IPTU – Exercício de 2017 – Excesso de execução – Aplicação indevida do índice IPCA – Pretensão de substituição do IPCA pela Taxa Selic – Cabimento – Correção monetária e juros de mora devidos, porém limitados a Taxa Selic – Aplicação da ADI 442 e Tema 1062 do Superior Tribunal de Justiça – Necessidade de aplicação da Taxa Selic como único índice de juros moratórios e correção monetária, a partir do advento da Emenda Constitucional nº 113/2021 – Reforma da sentença – Recurso provido. (Apelação Cível 1006877-33.2022.8.26.0562; Relatora: ADRIANA CARVALHO; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/10/2022; Data de Registro: 26/10/2022).

APELAÇÃO – Juros e correção monetária – Taxa Selic – Aplicação imediata do artigo 3º da Emenda Constitucional n.º 113/21 – Deve ser observada a SELIC para fins de correção monetária e juros de mora, cuja incidência se dará uma única vez, até o efetivo pagamento – Sentença reformada – RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível 1008575-74.2022.8.26.0562; Relatora: MÔNICA SERRANO; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 03/10/2022; Data de Registro: 03/10/2022).

Portanto, a *Taxa Selic* deve incidir sobre o montante de toda a dívida tributária e não apenas desde a vigência da EC nº 113/2021, por se tratar de taxa básica de juros estabelecida pelo *Comitê de Política Monetária - COPOM*, adotada como referência para cálculo das demais taxas exigidas no mercado financeiro, como parâmetro da política monetária nacional, abrangendo juros e correção monetária, mas sem possibilidade de vir ser aplicada a outros índices porventura superiores, o que afasta a incidência da legislação municipal quanto aos encargos da mora e atualização monetária.

Daí porque, **dá-se provimento ao recurso** para limitar a aplicação da correção monetária e dos juros de mora aos índices da Taxa Selic, condenando a exequente ao pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre a diferença apurada (CPC, art. 85, §3º, I), pois já pacificado nos Tribunais Superiores a possibilidade de arbitramento contra a Fazenda Pública quando acolhida exceção de prévia de executividade (REsp 978538/PE – Min. Castro Meira – Data do Julgamento 02/10/2007 e AgRg no REsp 1.143.559/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 14/12/2010).

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 41.482)

Divirjo da maioria.

O recurso não merece provimento.

A taxa Selic é estabelecida pelo Comitê de Política Monetária (COPOM), sendo obtida "(...) *mediante o cálculo da taxa média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia, lastreadas em títulos públicos federais e cursadas no referido sistema ou em câmaras de compensação e liquidação de ativos, na forma de operações compromissadas*."[2]

Trata-se de taxa básica de juros da economia, utilizada como referência para cálculo das demais taxas cobradas pelo mercado financeiro e para definição da política monetária do Governo Federal.

Bem por isso, afigura-se descabido adotar-se a taxa Selic – que, ressalta-se, ***abrange correção monetária e juros*** – como índice limitador da atualização dos débitos do contribuinte perante o Fisco Municipal.

Por outro lado, não houve determinação de sobrestamento de todos os processos pendentes que versem sobre a questão no território nacional, na forma do art. 1.035, §5º do CPC, medida que, ressalte-se, não constitui consequência automática do reconhecimento da repercussão geral (RE 966.177 RG/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 7.6.2017), sendo, portanto, descabido o pedido de suspensão da execução.

Posto isso, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, Relator sorteado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2185091-32.2023.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante MARIA MARTINS CINTRA, é agravado MUNICÍPIO DE DIADEMA.

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. Pedro Tavares Maluf 92451/SP", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.849)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AFONSO FARO JR. e MÁRCIO KAMMER DE LIMA.

São Paulo, 30 de janeiro de 2024.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Desapropriação – Pretendido o levantamento do valor da indenização – Art. 34 do Decreto-Lei 3.365/41 – Agravante que é legítima possuidora do imóvel – O expropriado

Acesso ao Sumário

2 http://www.bcb.gov.br/htms/selic/selicdescricao.asp.

que detém apenas a posse do imóvel tem direito a receber a correspondente indenização – Necessidade de observância dos demais requisitos exigidos pelo artigo 34 do Decreto-Lei 3.365/41 – Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de Recurso de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto da decisão que, nos autos da ação de desapropriação, indeferiu o pedido de levantamento da indenização, salientando que a aquisição da propriedade por meio de usucapião deve ser reconhecida pelas vias adequadas.

A agravante requer, inicialmente, sejam concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita. No mérito, aduz ser legítima possuidora do imóvel, objeto da desapropriação, local de moradia dela há mais de trinta anos ininterruptos. Diz que a jurisprudência reconhece o direito de levantamento da indenização pelo legítimo possuidor, não sendo o caso de aplicação do artigo 34 do Decreto-Lei 3365/41. Salienta que o deferimento da imissão na posse sem a possibilidade de levantamento do valor da indenização a deixará desabrigada, condenando-a a absurda situação de indignidade. Requer, assim, o provimento do recurso para o fim de reconhecê-la como legítima possuidora do imóvel a ser desapropriado, autorizando-se o levantamento do valor da indenização.

Por meio da decisão de fls. 241/243, foi concedido o benefício da assistência judiciária gratuita, bem como deferido o pedido de concessão de efeito de modo a suspender a imissão na posse até o julgamento final desse recurso.

O agravado apresentou resposta ao recurso a fls. 249/263 aduzindo (i) intempestividade; (ii) impossibilidade de discussão de propriedade na ação de desapropriação, devendo a propriedade ser declarada na ação de usucapião para, posteriormente, a agravante pleitear o levantamento dos valores na ação de desapropriação; (iii) direito de imissão na posse com o pagamento do preço.

É o relatório.

Inicialmente, afasta-se a alegada intempestividade.

Embora constem decisões anteriores mencionando que a aquisição de propriedade por meio de usucapião deveria ser reconhecida pela via adequada, não cabendo discussão da propriedade no âmbito da desapropriação, apenas a decisão agravada foi proferida após o depósito do valor pelo agravado para fins de imissão na posse.

Tendo em vista que a pretensão da agravante é de levantamento do valor depositado para fins de imissão na posse, tempestivo é o agravo interposto da única decisão que determinou que o levantamento da indenização somente ocorreria após dirimida a questão do domínio na ação de usucapião.

No mais, o objeto de discussão do presente agravo limita-se (i) ao reco-

Acesso ao Sumário

nhecimento da agravante como legítima possuidora do imóvel, objeto de desapropriação e (ii) garantir ao legítimo possuidor o direito de levantar o preço depositado para fins de imissão na posse.

Da análise dos documentos acostados aos autos a fls. 28/36, tem-se que a área desapropriada foi objeto de sucessivos contratos de cessão de direitos, iniciando com os proprietários constantes da matrícula do imóvel e encerrando com a agravante.

É de se ressaltar que o contrato de cessão de direitos assinado pela agravante com a anterior possuidora do imóvel data de **15/09/1987** (fls.33/35), havendo, nos autos, ainda, um recibo de quitação emitido pela anterior possuidora, datado de **18/03/2022** (fl.36), informando ter recebido o preço da cessão do imóvel à época em que concretizada.

Os avisos de recebimento para fins de citação dos proprietários constantes da matrícula do imóvel retornaram com a informação de desconhecido (fls. 72/74 dos autos principais).

A fls. 77 dos autos principais constata-se que o Oficial de Justiça cientificou a agravante quanto à existência do processo, constatando ser ela a ocupante do imóvel.

No laudo da perícia consta a informação de que a agravante estava no imóvel objeto da desapropriação, tendo acompanhado a realização da vistoria (fl. 141 dos autos principais).

Dessa forma, há nos autos indícios suficientes a demonstrar ser a agravante, de fato, a legítima possuidora do imóvel desde 1987.

Pois bem.

Prevê o art. 34 do Decreto-Lei n.º 3.365/41:

"Art. 34. O levantamento do preço será deferido mediante prova de propriedade, de quitação de dívidas fiscais que recaiam sobre o bem expropriado, e publicação de editais, com o prazo de 10 dias, para conhecimento de terceiros.

Parágrafo único. Se o juiz verificar que há dúvida fundada sobre o domínio, o preço ficará em depósito, ressalvada aos interessados a ação própria para disputá-lo." (g.n.)

De todo o quanto exposto acima, não se verifica, nesse momento, dúvida fundada sobre o domínio do imóvel, apresentando a agravante os documentos que demonstram ser ela a legítima possuidora do bem.

Resta analisar se a exigência constante no *caput* de prova da propriedade é suficiente a obstar a agravante de levantar o preço.

A resposta é negativa.

Há relativização da imperatividade da norma, admitindo o levantamento do preço por aquele que seja titular do domínio do imóvel, muito embora não figure no registro como proprietário.

Acesso ao Sumário

Nesse quadro, a jurisprudência do STJ vem admitindo o levantamento do preço mesmo por quem detém apenas a posse do bem, sem a prova documental da propriedade, por considerar que a indenização deve ser previamente paga a quem efetivamente perde os direitos sobre o objeto da desapropriação.

Nesse sentido, veja-se:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. ACOLHIMENTO DA OFERTA INICIAL. ANUÊNCIA DOS EXPROPRIADOS. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA JUDICIAL. LEVANTAMENTO DOS VALORES. CONDICIONAMENTO À REGULARIDADE DO DOMÍNIO. DESCARACTERIZAÇÃO. SITUAÇÃO DE POSSE. FALTA DE OPOSIÇÃO DE TERCEIROS QUANTO À CERTEZA DO DOMÍNIO. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INCOMPLETA. RAZÕES GENÉRICAS. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. INVIABILIDADE. CADEIA RECURSAL INICIADA SOB O CPC/1973. INSTÂNCIA RECURSAL EXTRAORDINÁRIA INAUGURADA QUANDO INEXISTENTE A PREVISÃO DO ÔNUS.

1. A alegação de ausência de prestação jurisdicional adequada e, por via de consequência, de violação ao art. 535 do CPC/1973, exige do recorrente a indicação de qual o texto legal, as normas jurídicas e as teses recursais não foram objeto de análise nem de emissão de juízo de valor pelo Tribunal da origem, pena de a preliminar carecer de fundamentação pertinente. Inteligência da Súmula 284/STF.

2. <u>É cabível a indenização por desapropriação em favor do possuidor do imóvel, hipótese na qual inaplicável o teor do art. 34 do Decreto-Lei 3.365/1941 uma vez inexistente a dúvida sobre o domínio, sobremaneira quando o próprio ente expropriante, quando da propositura da ação, reconheceu essa situação. Precedentes</u>.

3. A previsão de condenação em honorários recursais aplica-se somente para os recursos interpostos quando vigente o CPC/2015. Inteligência do Enunciado Administrativo 7/STJ.

4. O cabimento desse ônus é previsto por "grau recursal", ou seja, em cada instância recursal inaugurada é que pode haver a condenação em honorários recursais, não havendo falar, contudo, em cumulatividade desse ônus, de sorte que uma vez ocorrente a condenação, por exemplo, na decisão monocrática que julga o recurso especial, não deve haver nova condenação na hipótese de eventuais agravo interno e embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

5. No caso de parte da cadeia recursal haver sido interposta sob a vigência do CPC/1973 e a outra parte ter se orientado pelo CPC/2015, deve ser observado como parâmetro o recurso que efetivamente instou o "grau recursal".
6. Nesse sentido, uma vez interposto recurso especial pelo CPC/1973, não haverá condenação em honorários recursais, ainda que o consequente agravo em recurso especial já tenha observado o novo diploma processual.
7. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.
(AREsp n. 1.124.406/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5/9/2017, DJe de 14/9/2017.)
PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – ADMINISTRATIVO – INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE – DESAPROPRIAÇÃO – POSSE – INDENIZAÇÃO AO DETENTOR DA POSSE – POSSIBILIDADE – SÚMULA 83/STJ.
1. O expropriado que detém apenas a posse do imóvel tem direito a receber a correspondente indenização. Precedentes REsp 1118854/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJe 28/10/2009; REsp 953.910/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 10/09/2009; REsp 769.731/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 31/05/2007 p. 343; REsp 184.762/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 28/02/2000 2. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no Ag n. 1.261.328/BA, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6/4/2010, DJe de 22/4/2010.)
PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE – DESAPROPRIAÇÃO – POSSE – INDENIZAÇÃO AO DETENTOR DA POSSE – POSSIBILIDADE – ARTIGOS 463 E 467 DO CPC – PREQUESTIONAMENTO AUSENTE: SÚMULA 211/STJ.
1. O expropriado que detém apenas a posse do imóvel tem direito a receber a correspondente indenização. Precedentes.
2. É inadmissível o recurso especial quanto à questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento.
3. Recurso especial parcialmente conhecido, mas, nessa parte, não provido.
(REsp n. 1.118.854/SP, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13/10/2009, DJe de 28/10/2009.)
E desse Tribunal:
AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO.

Acesso ao Sumário

DEFERIMENTO DE LEVANTAMENTO DE INDENIZAÇÃO EM DESAPROPRIAÇÃO. Ausência de prova de propriedade. Irrelevância. Se não houver dúvida objetiva será possível o levantamento do preço pelos legítimos possuidores do bem. Precedentes. Ação ajuizada em face daqueles que figuram como proprietários em litisconsórcio com aqueles apontados como atuais possuidores. Ausência de controvérsia dentre os ocupantes do polo passivo da desapropriação sobre qual deles é o efetivo possuidor do imóvel objeto da desapropriação. Continuidade da posse mansa e pacífica pelo atual possuidor e pelos possuidores que o antecederam por mais de dez anos. Transação realizada entre os réus e concordância com o pedido levantamento de valores com observância das proporções acordadas. Indispensável permitir o levantamento do preço por aquele que, de modo inequívoco, seja titular do domínio do imóvel muito embora não figure no registro como proprietário. Interpreta-se que a regra legal tem o claro objetivo de assegurar que a indenização seja paga a quem de direito, isto é, quem efetivamente suporta o sacrifício do direito real. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSP; Agravo de Instrumento 3001799-03.2018.8.26.0000; Relator: José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de São Sebastião - 2ª V. CÍVEL; Data do Julgamento: 01/08/2018; Data de Registro: 02/08/2018)

Dessa forma, é caso de dar provimento em parte ao recurso para o fim de admitir que a agravante, na qualidade de legítima possuidora do imóvel, e desde que preenchidos os demais requisitos do artigo 34 do Decreto-Lei n.º 3.365/41, possa levantar o preço depositado nos autos para fins de imissão na posse.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso, nos termos acima explicitados.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1016359-05.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante TERMINAL EXPORTADOR DE SANTOS LTDA - TES, é apelado MUNICÍPIO DE SANTOS.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral realizada pela Dra. Nicolli Anversa Colli, OAB/SP 400.054. Negaram provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.425)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO CHIMENTI (Presidente), MARCELO L THEODÓSIO e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 14 de dezembro de 2023.

RICARDO CHIMENTI, Relator

Ementa: Embargos à Execução Fiscal. IPTU dos exercícios de 2002, 2007, 2008, 2009 e 2010 e Taxa de Remoção de Lixo dos exercícios de 2008, 2009 e 2010. CDAs n. 57850/2021, 57851/2021, 57852/2021, 57853/2021 e 57854/2021. Contrato de Arrendamento. Imóvel pertencente à CODESP. Alegações de decadência, prescrição, imunidade recíproca e ausência de base de cálculo. Sentença que julgou improcedentes os pedidos. Pretensão à reforma. Desacolhimento. Decadência e Prescrição. Embargante/apelante que já suscitou a questão pertinente à ocorrência de decadência e de prescrição em sede de exceção de pré-executividade. Impossibilidade de rediscussão nos presentes Embargos à Execução Fiscal. Incidência da coisa julgada material, que impede a discussão de questões de mérito já decididas e que não foram objeto de impugnação recursal oportuna. Eficácia preclusiva da coisa julgada. Inteligência dos artigos 505, 507 e 508 do CPC. Precedente do C. STJ. Imunidade conferida à União Federal, titular do domínio, e que engloba apenas impostos. Imóvel objeto de arrendamento. Observância do quanto decidido nos Temas 385 (RE 594015) e 437 (RE 601720) julgados pelo C. STF, fixando as seguintes teses: (i) "Não se beneficia da imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, alínea 'a', da Constituição Federal, a sociedade de economia mista ocupante de bem público"; (ii) "Incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo". Base de cálculo. Valor venal (art. 33 do CTN e arts. 14 e 14-A do CTM). Previsão expressa do critério definidor da base de cálculo na legislação municipal, em consonân-

cia com a legislação federal. Precedentes desta Corte. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

I – Relatório

Trata-se de recurso de apelação (p. 143/171) interposto pelo **Terminal Exportador de Santos Ltda - TES** em face da r. sentença de p. 123/127, a qual, nos autos de Embargos à Execução Fiscal opostos em face de **Município de Santo**s, julgou improcedentes os pedidos. Em razão da sucumbência, condenou a embargante ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor atualizado da causa. Os Embargos de Declaração de p. 131/135 foram rejeitados (p. 138).

Alega a apelante, em síntese, que *(I)* no momento da distribuição da Execução Fiscal embargada (25/11/2021), os créditos tributários já estavam atingidos pela decadência, já que não houve regular constituição do crédito tributário, com a devida emissão dos carnês para cobrança, não podendo ser aceito como substituto do lançamento de ofício o Processo Administrativo indicado na CDA, porque tratou apenas de pedido de certidão efetuado por ela própria; *(II)* o MS arguido (sob n. 0028596-60.2000.8.26.0562) teve como objeto apenas o afastamento da exigência do IPTU do exercício de 2000, não incluindo, portanto, a Taxa de Remoção de Lixo de 2008, 2009 e 2010; *(III)* não se aplicam aqui as teses fixadas nos Temas 385 e 437 do STF, pois os presentes Embargos se fundamentam na impossibilidade de se exigir o recolhimento de IPTU de pessoa que não possua *animus domini* em relação ao imóvel arrendado, cuja posse é fundada em direito pessoal, ou seja, sob perspectiva exclusivamente infraconstitucional; *(IV)* jamais poderia ser considerada como sujeito passivo do IPTU, pois não é proprietária do armazém e sua posse não possui intenção de definitividade; *(V)* a LM 3.750/1971, ao estabelecer como fato gerador do IPTU a posse a qualquer título, viola o preceito de que trata o artigo 110 do CTN e desborda do conceito de propriedade contido no artigo 156, I, da CF e no artigo 32 do CTN; *(VI)* o bem público afetado é inalienável, não sendo possível identificar o seu valor venal, sendo, portanto, inexistente a base de cálculo do tributo e, assim, inexigível o tributo. Requer a reforma da r. sentença recorrida, nos termos das razões recursais (p. 143/171).

Em suas contrarrazões, a municipalidade apelada sustenta, em síntese, que *(I)* deve ser reconhecida a preclusão consumativa (artigo 507 do CPC) no que pertine à alegação de decadência e de prescrição, uma vez que tais matérias já foram discutidas em sede de exceção de pré-executividade (p. 198/199), cuja decisão já transitou em julgado; *(II)* ainda que assim não fosse, a execução fiscal foi distribuída em 24/11/2021 e todos os lançamentos efetuados a partir do ano de 2000 tiveram sua exigibilidade suspensa em razão da concessão da segurança

Acesso ao Sumário

nos autos do MS n. 0028596-60.2000.8.26.0562 e apenas em 27/09/2018, com a alteração do acórdão para adequação ao decidido no RE 594.015, foi reconhecida a incidência do IPTU em face da impetrante, quando então teve início o prazo prescricional (ainda que o trânsito em julgado tenha ocorrido somente em 17/10/2019, já que aos recursos interpostos não foi atribuído efeito suspensivo); *(III)* a situação da empresa apelante é nitidamente idêntica àquela analisada nos julgados em que fixadas, pelo STF, as teses dos Temas 385 e 437 (RE 601.720 e RE 594.015), entendimento pacificado no julgamento da ADPF 560; *(IV)* nos termos dos artigos 32, 34, 121, 124 e 128 do CTN, está a arrendatária inegavelmente vinculada ao fato gerador da obrigação tributária; *(V)* a inalienabilidade dos bens públicos não retira o seu valor econômico, facilmente aferível. Requer o desprovimento do recurso (p. 185/198).

O recurso foi distribuído após a vigência da Resolução 772/2017 e houve oposição da apelante ao julgamento virtual (p. 201).

II – Fundamentação

O recurso de apelação, tempestivo (p. 140) e preparado (p. 178/181), não comporta provimento.

No que pertine à alegação de ocorrência de decadência e de prescrição, há que se considerar que tais matérias já foram objeto de exceção de pré- executividade (p. 188/197) nos autos digitais da Execução Fiscal embargada (sob n. 1518817-69.2021.8.26.0562), a qual foi rejeitada pela r. decisão de p. 198/199 daqueles autos digitais, como, inclusive, constou da petição inicial dos presentes Embargos.

A eficácia preclusiva da coisa julgada veda a renovação de demandas e incidentes com base em argumentos já deduzidos ou que deveriam ter sido deduzidos oportunamente para o acolhimento ou rejeição do pedido.

Contra a decisão que rejeitou a Exceção de pré-executividade, a embargante não interpôs qualquer recurso, aquiescendo com o resultado do julgamento.

A ausência de impugnação recursal oportuna em face da decisão proferida nos autos da ação de Execução Fiscal a tornou definitiva, não podendo ser objeto de rediscussão nos presentes Embargos, em razão da coisa julgada material.

Nesse sentido os artigos 505, 507 e 508 do NCPC:

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-seão

Acesso ao Sumário

deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

Nesse cenário, a análise de tal alegação (ocorrência de decadência e de prescrição) está acobertada pela eficácia preclusiva da coisa julgada, como já assentido pelo C. STJ. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TEMA JÁ DECIDIDO DE EXCEÇÃO DE PRÉEXECUTIVIDADE. FORÇA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em apregoar que as questões decididas definitivamente em Exceção de Pré- Executividade não podem ser renovadas por ocasião da oposição de Embargos à Execução, em razão da força preclusiva da coisa julgada. Precedentes: AgRg no REsp 1354894/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/04/2013, DJe 08/05/2013; AgRg no Ag 908.195/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 17/12/2007.

2. Recurso Especial provido.

(REsp n. 1.652.203/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4/4/2017, DJe de 24/4/2017.)

Processual Civil – Embargos à Execução Fiscal – Ilegitimidade passiva ad causam de sócio e prescrição de crédito tributário – Questões discutidas em Exceção de Pré-Executividade e decididas em Agravo de Instrumento – Julgamento em apelação – Preclusão.

1. Descabe o julgamento em apelação de questão relacionada à prescrição e à legitimidade ad causam de sócio de empresa quando tais matérias já foram objeto de julgamento em agravo de instrumento.

2. "O fato de a apelação ser recurso de ampla devolutividade não significa que questões anteriormente discutidas e decididas em outra sede recursal possam ser novamente apresentadas quando de sua interposição» (REsp 1048193/MS, DJe 23/03/2009).

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1418136/AL, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 07/02/2014)

Dessa forma, ficam afastadas as alegações de prescrição e de decadência. Vale destacar, por relevante, restar encerrada aqui qualquer discussão que envolva a Taxa de Remoção de Lixo indicada nas CDAs embargadas, já que a imunidade, que será analisada a seguir, não se estende a taxas.

Quanto ao reconhecimento da imunidade à empresa privada, ocupante de um bem público (imunidade recíproca, também denominada intergovernamental, de que trata o artigo 150, inciso VI, "a", da Constituição Federal), estabelece a Carta Magna que é vedado à União, aos Estados-Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir **impostos** sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros, bem como sobre as autarquias e fundações mantidas pelo Poder Público

Acesso ao Sumário

(são as chamadas pessoas jurídicas de direito público e a extensão quanto às autarquias e fundações, naquilo que está vinculado às suas atividades essenciais, está prevista no § 2º do artigo 150 da CF). Como se percebe, o instituto da imunidade não se estende a taxas.

No caso em análise, a exigibilidade de IPTU do ocupante do bem público encontra amparo constitucional, de acordo com o entendimento adotado pelo C. STF quando, sob o rito da repercussão geral, julgou o mérito do RE 594.015/SP, (Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio), por maioria de votos, em 06/04/2017, cuja ementa segue transcrita:

> **"IMUNIDADE – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – ARRENDATÁRIA DE BEM DA UNIÃO – IPTU. Não se beneficia da imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "a", da Constituição Federal a sociedade de economia mista ocupante de bem público". (RE 594015, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-188 DIVULG 24-08-2017 PUBLIC 25-08-2017.**

O referido Recurso Extraordinário (sob n. 594015) foi interposto pela Petróleo Brasileiro S.A. Petrobrás, sendo recorrido o Município de Santos, e buscava reverter o julgamento proferido pela 14ª Câmara de Direito Público deste E. TJSP, no qual se reconheceu que a recorrente, mesmo sendo mera arrendatária da CODESP de terreno em área portuária pertencente à União, não possuiria imunidade tributária recíproca.

Em seu voto, o Relator Ministro Marco Aurélio, após fazer menção à sessão do julgamento do RE 580.264/RS, em que compôs a corrente minoritária, assim destacou:

> **"[...] A situação apresentada mostra-se mais grave, pois sociedade de economia mista que atua livremente no desenvolvimento de atividade econômica pretende usufruir de vantagem advinda da utilização de bem público. O argumento de ser o imóvel pertencente à União utilizado para a persecução de interesse público não atrai a imunidade quanto a Imposto Predial Territorial Urbano IPTU. Isso porque a recorrente é sociedade de economia mista com capital social negociado na bolsa de valores. Cuida-se de pessoa jurídica de direito privado com claro objetivo de auferir lucro e, posteriormente, distribui-lo aos acionistas. A imunidade recíproca não foi concebida com tal propósito. A previsão decorre da necessidade de observar-se, no contexto federativo, o respeito mútuo e a autonomia dos entes. Não cabe estendê-la, evitando a tributação de particulares que atuam no regime da livre concorrência. Atentem para a limitação imposta no § 3º do artigo 150 da Carta Federal: [...] § 3º As vedações do inciso VI, 'a', e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos**

Acesso ao Sumário

privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel. […]

Então, nem mesmo as pessoas jurídicas do direito público, que exploram atividade econômica, gozam da imunidade, o que se dirá quanto ao particular. Mostra-se inequívoco ser o imóvel da União empregado em atividade de sociedade de economia mista que atua no mercado com fins lucrativos. Não há base a justificar o gozo de imunidade nos termos pretendidos. O ente público, ainda que não seja o responsável pela exploração direta da atividade econômica, ao ceder o imóvel a sociedade de economia mista, permite que o bem seja afetado a empreendimento desenvolvido, ensejando a geração de riquezas, posteriormente incorporadas ao patrimônio da cessionária, em benefício último dos acionistas. Reconhecer a imunidade recíproca significa verdadeira afronta ao princípio da livre concorrência versado no artigo 170 da Constituição Federal, por estar-se conferindo a pessoa jurídica de direito privado vantagem indevida, não existente para os concorrentes.

O Imposto Predial Territorial Urbano IPTU representa relevante custo operacional. Afastar tal ônus de empresa que atua no setor econômico, ombreando com outras, a partir de extensão indevida da imunidade recíproca, implica desrespeito aos ditames da Constituição Federal. Esse entendimento vem expresso no § 2º do artigo 173 da Lei Básica da República:

> **Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.**

Há de observar-se o disposto no artigo 32 do Código Tributário Nacional quanto à hipótese de incidência do IPTU, bem como a relação de contribuintes descrita no artigo 34. Eis os preceitos:

> **Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município. Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.**

Com a leitura dos preceitos, fica evidente que, em momento algum, o Município de Santos extrapolou a própria competência ao instituir e cobrar o referido imposto do particular, nos termos do previsto no Código Tributário municipal:

Acesso ao Sumário

> **Artigo 38 - Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel construído, o titular do seu domínio útil, promitente comprador de imóvel adquirido das autarquias de que trata a letra 'b' do artigo 9º, ou o seu possuidor a qualquer título. Artigo 39 - O imposto é devido, a critério do Executivo:**
> **I. pelo possuidor direto, sem prejuízo da responsabilidade solidária dos possuidores indiretos;**
> **II. pelo possuidor indireto, sem prejuízo da responsabilidade solidária dos demais possuidores indiretos e do possuidor direto;**
> **III. pelo possuidor de imóvel construído, arrendatário de área e instalações portuárias, dentro ou fora do porto organizado, no regime jurídico da exploração do porto e das operações portuárias previsto na Lei Federal nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, sem prejuízo da responsabilidade solidária do contribuinte e possuidor indireto.**
> **Parágrafo único - O disposto neste artigo aplica-se aos sucessores das pessoas nele referidas a qualquer título.**

A hipótese de incidência do Imposto Predial Territorial Urbano IPTU não está limitada à propriedade do imóvel, incluindo o domínio útil e a posse do bem. O mesmo entendimento vale para o contribuinte do tributo, que não se restringe ao proprietário do imóvel, alcançando tanto o titular do domínio útil quanto o possuidor a qualquer título. Não há falar em ausência de legitimidade da recorrente para figurar no polo passivo da relação jurídica tributária.

Assim já me pronunciei no Plenário quando do julgamento do recurso extraordinário nº 253.472/SP, de minha relatoria, no qual fiquei vencido, redator do acórdão o ministro Joaquim Barbosa, julgado em 25 de agosto de 2010, publicado no Diário da Justiça de 1º de fevereiro de 2011, em que se discutiu a extensão da imunidade recíproca a imóvel pertencente à União, mas sob a gestão da Companhia de Docas do Estado de São Paulo Codesp, sociedade de economia mista. Na ocasião, ressaltei:

> **Relativamente ao IPTU, a Carta de 1988 não trouxe inovação. Compete aos municípios instituí-lo, considerada a propriedade predial e territorial urbana. Pois bem, sob tal aspecto, há muito encontra-se em vigor o disposto no artigo 32 do Código Tributário Nacional, no que revela como fato gerador do tributo a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, conforme definido na lei civil, localizado na zona urbana do município.**
> **Mais do que isso, o Código define como contribuinte do imposto em seu artigo 34 o titular de seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. Essas balizas levaram a Corte a editar, tendo em vista os casos concretos, o Verbete nº 583 da**

Acesso ao Sumário

Súmula:
Promitente comprador de imóvel residencial transcrito em nome de autarquia é contribuinte do imposto predial territorial urbano.

Ora, não se afigura como fato gerador do imposto em comento apenas a propriedade, o que desaguaria na convicção de ser contribuinte de direito, sempre e sempre, o proprietário. Requer- se a existência física do imóvel, mas admissível é que se tome como fato gerador não só a propriedade, como também o domínio útil ou a posse quando esses fenômenos não estão na titularidade daquele que normalmente os tem, ou seja, o proprietário. Pois bem, estamos diante de imóvel que ainda que não integre o patrimônio do particular, pois pertencente à União, passa a ser empregado por aquele em sua atividade comercial, de modo a extrair deste bem todo um proveito econômico. A regra da imunidade da alínea a do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal está restrita a instituição de imposto sobre patrimônio ou renda ou serviços das pessoas jurídicas de direito público. Sendo pacífico como fato imponível o domínio e a posse e como contribuintes aqueles que os detenham em patrimônio e envolvida sociedade de economia mista a explorar atividade econômica, não é dado, por verdadeiro empréstimo, cogitar da imunidade. Vale frisar novamente que o § 3º do referido artigo 150 revela que as vedações do inciso VI, alínea a, do mesmo artigo não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação e pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exoneram o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel. Ora, no caso, a recorrente possui o domínio útil do imóvel e atua na exploração de atividade econômica, sujeitando-se, ante o disposto no § 2º do artigo 173 da Constituição Federal, à incidência tributária."

Ao final, o Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio, relator, concluiu:

Ante o quadro, nego provimento ao recurso extraordinário interposto pela Petrobras, assentando o não reconhecimento da imunidade tributária recíproca a sociedade de economia mista ocupante de bem público. Fixo a seguinte tese: 'Incide o IPTU considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público arrendado a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo.' É como voto. [...]"

No mesmo sentido, desta vez por unanimidade, foi julgado o mérito do RE 601.720, em 19/04/2017, cujo relator para o acórdão foi o Ministro Marco Aurélio, assim ementado:

"IPTU – BEM PÚBLICO – CESSÃO – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. Incide o imposto Predial e Territorial Urbano considerado bem público cedido a pessoa jurídica de direito privado, sen-

Acesso ao Sumário

do esta a devedora". (RE 601720, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-200 DIVULG 04-09-2017 PUBLIC 05-09-2017)

Em síntese, as teses de direito firmadas em razão do julgamento dos RE 594.015 e 601.720 são totalmente aplicáveis ao caso em questão.

Com efeito, verifica-se dos autos que a apelante ocupa a área como arrendatária por meio de contrato celebrado com a União, desde 05/10/2016 e não se desconhece que, ante a existência de outras empresas em situação similar na atividade portuária santista, o serviço não é prestado em regime de exclusividade pela embargante, ora recorrente.

A embargante declara em sua petição inicial que desenvolve, na área em questão, atividades de embarque, desembarque, movimentação e armazenagem de granéis sólidos de origem vegetal, explorando a infraestrutura e instalação portuária pública localizada dentro do porto organizado de Santos – SP.

Assim sendo, verifica-se que se trata de arrendamento por particular de imóvel da União tendo por objetivo precípuo o desenvolvimento de atividade econômica, não sendo caso de aplicação do *distinguishing* pretendido, pois não há distinção entre o caso concreto e o quanto decidido no julgamento dos RE n. 594.015/SP, Tema 385 do STF, e RE 601.720/RJ, Tema 437 do STF.

Ressalta-se que, a partir dos julgados mencionados, o entendimento é no sentido de não ser possível que o particular, enquanto explorador de atividade econômica sujeita a pagamento pelos usuários, usufrua do benefício da imunidade tributária somente em razão de utilizar bem público concedido.

Extrai-se da *ratio decidendi* dos citados precedentes, portanto, que a conclusão do C. STF nada mais fez do que dar aos particulares que realizam a exploração econômica dos terminais portuários o mesmo tratamento que é dado até aos entes da federação que, ao explorarem bens próprios mediante contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários (artigo 150, VI, § 3º, da CF), não usufruem da imunidade recíproca. A capacidade contributiva daqueles que exploram um imóvel público em típica atividade econômica exclui a imunidade e autoriza o seu enquadramento como contribuinte do IPTU.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, vale citar trecho do voto-vista do Min. Marco Aurélio:

"[...] Uma vez verificada atividade econômica, nem mesmo as pessoas jurídicas de direito público gozam da imunidade, o que dizer quanto às de direito privado. Mostra-se inequívoco ser o imóvel da União empregado, por particular, em atividade de fins exclusivamente privados e com intuito lucrativo. Não há base a justificar o gozo de imunidade nos termos assentados pelo Tribunal de origem. O ente público, ainda que não seja o responsável pela exploração direta da atividade econômica, ao ceder o imóvel ao particular, permite que o bem seja afetado a empreendimento privado. Observem

que, no próprio contrato de concessão do uso, há cláusula prevendo que a concessionária arcaria com os tributos, sendo repassado inclusive o ônus do tributo municipal que se disse fundiário. Tem-se afronta ao princípio da livre concorrência versado no artigo 170 da Constituição Federal, por estar-se conferindo ao particular uma vantagem indevida, não existente para os concorrentes. O Imposto Predial Territorial Urbano IPTU representa relevante custo operacional, comum a todos que exercem a atividade econômica do recorrido. Afastar tal ônus de empresa que atua no setor econômico, ombreando com outras, a partir de extensão indevida da imunidade recíproca, implica desrespeito aos ditames da Constituição Federal. [...] A hipótese de incidência do Imposto Predial Territorial Urbano IPTU não está limitada à propriedade do imóvel, incluindo o domínio útil e a posse do bem. O mesmo entendimento vale para o contribuinte do tributo, que não se restringe ao proprietário do imóvel, alcançando tanto o titular do domínio útil quanto o possuidor a qualquer título. Não há falar em ausência de legitimidade do ora recorrido para figurar em polo passivo da relação jurídica tributária."

Em suma, é caso de reconhecer a incidência do IPTU combatido nos autos, lançado sobre o imóvel pertencente à União, arrendado à embargante por meio de contrato para exploração de atividade econômica.

Quanto à base de cálculo do IPTU, o CTN assim dispõe:

Art. 33. A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel.

A respeito, o Código Tributário Municipal (LM 3.750/1971) estabelece:

Artigo 14 - O imposto devido será apurado à alíquota de 1% (um por cento) incidente sobre a base de cálculo, calculada esta de acordo com o artigo 14-A, tendo como valor do metro quadrado de terreno o valor lançado em 2013, acrescido do montante correspondente a 12% (doze por cento) da diferença apurada entre esse e o valor do metro quadrado do terreno da Planta Genérica de Valores, e tendo como valor do metro quadrado da construção, o valor lançado em 2013 acrescido do montante correspondente a 12% (doze por cento) incidente sobre a diferença apurada entre esse e o valor do metro quadrado da construção da Planta Genérica de Valores. [...]

Artigo 14-A O valor venal do imóvel edificado será calculado conforme a seguinte fórmula: (alterado pelo art. 94 da LC 1.087, de 30/12/2019) VVt = área do terreno x valor do m² do terreno x coeficiente de frente x coeficiente de profundidade x coeficiente de mobilidade urbana. VVc = área construída x valor do m² da construção x coeficiente de depreciação x coeficiente de mobilidade urbana. Valor Venal Imóvel (VVi) = Valor Venal terreno (VVt) + Valor Venal construção (VVc)

§ 1º - Os coeficientes de frente, profundidade e depreciação constam do Anexo II desta lei complementar.

§ 2º - Para a garagem individual que possua inscrição imobiliária

Acesso ao Sumário

não será computado o coeficiente de depreciação.

§ 3º - O coeficiente de mobilidade urbana será aquele definido nos termos da lei específica que institui o Plano Municipal de Mobilidade e Acessibilidade Urbanas, sendo igual a 1 (um) nos demais casos não abrangidos por aquela lei.

Assim, não há que se falar em ausência de base de cálculo, já que a legislação municipal (artigo 14-A do Código Tributário Municipal, em consonância com o CTN) prescreve o critério definidor de tal aspecto da regra matriz, utilizando-se da metragem quadrada de várias áreas na sua composição, com previsão expressa na Planta Genérica de Valores.

Como bem consignado pelo juízo singular em sua r. sentença,

"[...] A planta genérica de valores secciona o território municipal em grandes áreas e atribui um determinado valor ao seu metro quadrado de acordo com sua localização. Por sua vez, este valor compõe uma das variáveis no cálculo do valor venal do imóvel nos termos do artigo 14A do CTM, inexistindo a aludida falta de critério quantitativo. Ademais, não se trata de imóvel sem valor econômico, eis que a própria relação da arrendatária com o imóvel, que paga contraprestação à CODESP em contrapartida à exploração do local, faz prova de seu potencial econômico. [...]"

Conforme lição doutrinária de Aliomar Baleeiro, **"[...] Trata-se de valor potencial, e que por isso pode ser mensurado em imóveis temporariamente ou permanentemente retirados de circulação do mercado em caráter hipotético [...]".**

Em casos semelhantes, assim tem decidido este Tribunal Estadual:

"Tributário – Apelação – Embargos à execução fiscal – IPTU – Exercício de 2018 – Município de Santos. Sentença que julgou improcedentes os embargos. Apelo do embargante. Imunidade recíproca – Artigo 150, inciso VI, alínea 'a' da Constituição da República – Inocorrência – O plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Recursos Extraordinários 594.015-SP e 601.720-RJ, ambos com repercussão geral reconhecida, afastou a imunidade tributária recíproca para cobrança de imposto municipal de bens públicos cedidos ou arrendados a empresas que exerçam atividade econômica com fins lucrativos – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça aplicando tal entendimento – Novo entendimento da Suprema Corte que está de acordo com a literalidade do artigo 34 do Código Tributário Nacional, que prevê como contribuinte do imposto também o 'possuidor a qualquer título'. Do Precedente Vinculante – Os julgadores têm o dever legal de seguir os precedentes vinculantes mencionados no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 – A alteração de tese jurídica adotada no precedente vinculante deve ser feita pelo mesmo tribunal de onde o precedente se origina e com exigências legais também do Código de Processo

Acesso ao Sumário

Civil de 2015 – Diante da vinculação dos precedentes do C. Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em imunidade recíproca nos casos de bens públicos ocupados por empresas que exerçam atividade econômica com fins lucrativos. No caso dos autos, imóvel é de propriedade da União Federal, está localizado na área portuária do Município de Santos, concedido à Cia. Docas do Estado de São Paulo - CODESP e arrendado a empresa particular, ora apelante, para exploração de atividade econômica com finalidade essencialmente lucrativa – Inocorrência da imunidade tributária – Inaplicabilidade do quanto decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal no âmbito da Reclamação nº 32.717 – Precedentes desse E. Tribunal em casos idênticos. Base de Cálculo – O Código Tributário Nacional estabelece o valor venal do imóvel como base de cálculo do IPTU – O Código Tributário Municipal estabelece os critérios a serem considerados na atribuição do valor venal dos imóveis – Previsão expressa do critério definidor da base de cálculo nos artigos 14 e 14-A do Código Tributário Municipal – Precedente dessa C. Câmara em caso idêntico. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa (R$ 141.905,27) – Verba honorária que corresponde a aproximadamente R$ 14.190,52 – Honorários recursais – Majoração nos termos do artigo 85, §11 do Código de Processo Civil de 2015 – Possibilidade – Observância ao disposto nos §§ 2º a 6º do artigo 85, bem como aos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do respectivo artigo Majoração em R$ 2.000,00 – Verba honorária que passa a corresponder a aproximadamente R$ 16.190,52. Sentença mantida – Recurso desprovido."

(TJSP; Apelação Cível 1021206-55.2019.8.26.0562; Relator: Eurípedes Faim; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 02/07/2020; Data de Registro: 02/07/2020)

"Apelação – Embargos à execução – IPTU – Exercício de 2017 – Sentença que julgou improcedentes os embargos à execução – Pleito de reforma pela executada – Inadmissibilidade – Lançamento sobre terreno de propriedade da União, localizado na área portuária do Município de Santos, concedido à Cia. Docas do Estado de São Paulo - CODESP e arrendado à empresa particular – Pessoa jurídica de direito privado arrendatária de bem da União, não se beneficia da imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, alínea 'a', da Constituição Federal – Incidência do IPTU, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 594.015/SP (Tema 385) e RE 601.720/RJ (Tema 437), em sede de repetitivos – Disciplina da incidência do imposto alinhada àquela definida pela Excelsa Corte – Contrato de arrendamento por particular de imóvel da União para fins inequivocamente de desenvolvimento de atividade econômica – Sentença mantida – Recurso desprovido".

Acesso ao Sumário

(TJSP; Apelação Cível 1014412-18.2019.8.26.0562; Relator: Roberto Martins de Souza; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/06/2020; Data de Registro: 15/06/2020)

"Apelação – Embargos à execução fiscal – IPTU – Exercício de 2016 – Alegação de ilegitimidade do arrendatário da área portuária para arcar com o pagamento do IPTU – Inocorrência – O arrendatário não ostenta a condição de imunidade na exploração de área portuária, conforme já decidido no RE nº 594.015/SP (Tema nº 385, STF, DJ de 25.08.2017), em razão da repercussão geral, que adotou entendimento, segundo o qual, imunidade recíproca prevista no art. 150, inciso VI, alínea 'a' da Constituição Federal não se estende à empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos, sendo, nesta hipótese, constitucional a cobrança do IPTU pelo Município – Tema 437 igualmente decidido pelo STF que também responsabiliza a empresa que explora serviços aeroportuários, cuja aplicação no caso concreto é desnecessária, uma vez que o tema 385 é específico quanto ao uso de área portuária – Alegação de ausência de base de cálculo por falta de critério quantitativo para fixação de valor venal pela indisponibilidade do bem ao mercado – Inocorrência – Previsão expressa do critério definidor da base de cálculo na legislação municipal (art. 14-A do Código Tributário Municipal). Sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal mantida por seus próprios fundamentos – Recurso improvido".

(TJSP; Apelação Cível 1006849-70.2019.8.26.0562; Relator: Rezende de Silveira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 07/11/2019; Data de Registro: 11/11/2019)

Como se pode perceber, a alegação de ausência de base de cálculo para lançamento do IPTU também não comporta acolhimento, visto que se verifica, no caso, a observância dos parâmetros previstos na legislação.

Destarte, mais não é preciso dizer, devendo ser mantida a r. sentença recorrida, por seus próprios fundamentos, aos quais devem ser acrescentados os aqui expostos.

Diante do valor da causa e do quanto prescrito pelos §§ 2º e 3º, do artigo 85 do CPC, observados, ainda, os ditames dos §§ 4º, IV, e 5º, ambos do citado dispositivo legal, os honorários advocatícios devidos pela embargante vencida à municipalidade ficam fixados nos percentuais mínimos estabelecidos pelas faixas de que trata o citado § 3º do citado artigo 85.

E diante do resultado do presente recurso, considerando o trabalho adicional realizado, as diretrizes do artigo 85, §§ 2º e 3º, do CPC, e o teor do Enunciado Administrativo n. 7 e da Tese 04, da Jurisprudência em Teses, ambos do C. STJ, os honorários advocatícios sucumbenciais ficam majorados em 1% no que

Acesso ao Sumário

pertine à faixa inicial, ou seja, sobre o montante de até 200 salários mínimos, o percentual será de 11% e não de 10%, a título da majoração da verba honorária de que trata o § 11 do citado artigo 85, permanecendo no patamar mínimo quanto ao montante a que se referem as demais faixas do § 3º do referido artigo 85 do CPC/2015.

A fim de evitar o ritual de passagem estabelecido no artigo 1.025 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 1003515-52.2020.8.26.0090, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SPA SAÚDE - SISTEMA DE PROMOÇÃO ASSISTENCIAL, 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. Paulo Godoy Perilli, OAB/MG 150070 e pela Dra. Ludmila Macedo de Oliveira, OAB/SP 409234. Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.767)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO CHIMENTI (Presidente) e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 14 de dezembro de 2023.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Município de São Paulo – Embargos à Execução fiscal – ISSQN (2011) – Operadora de planos de saúde (Entidade de autogestão que oferece planos de saúde à classe de produtores rurais) – Sentença de improcedência – Pretensão à reforma – Inadmissibilidade – Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada – Prova pericial que se mostra desnecessária, por se tratar de matéria exclusivamente de direito – No mérito, de rigor a aplicação da tese

Acesso ao Sumário

vinculante firmada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 651.703 (tema 581 do STF), na qual se assentou a exigibilidade do ISS sobre as atividades desenvolvidas por operadoras de planos de saúde independentemente de haver ou não finalidade lucrativa – Itens 4.22 e 4.23 da Lista Anexa à LC 116/03 – Lei nº 9.656/1998 que conceitua de forma ampla as operadoras de plano de assistência à saúde e abarca empresas e entidades de autogestão – Inexistência de modulação dos efeitos do RE pelo STF, sendo de rigor a sua imediata aplicação – Imunidade tributária afastada – Caráter assistencial não evidenciado – Atividade exclusivamente direcionada aos próprios associados que contribuem periodicamente para a prestação de tais serviços – Requisito de universalidade na prestação de serviços não demonstrado – Título executivo que se mostra formal e materialmente em ordem – Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por SPA SAÚDE - SISTEMA DE PROMOÇÃO ASSISTENCIAL contra a r. sentença de fls. 2318/2324, mantida pela r. decisão de fl. 2333 que, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, julgou improcedentes os embargos à execução fiscal opostos em face do MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, afastando as teses de nulidade da CDA, inexigibilidade da cobrança de ISS sobre serviços de saúde, inclusive relacionadas às entidades de autogestão; imunidade; desnecessidade de prova pericial por não haver diferenciação entre empresas que visam lucro e outras sem fins lucrativos; inexistência de modulação temporal do precedente vinculante (RE 651.703 - Tema 581 do STF); e, irregularidade dos índices de correção monetária e de juros moratórios indicados na execução fiscal. Por fim, condenou a embargante ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa[1], nos termos do art. 85, § 2º e § 3º, inciso I do Código de Processo Civil.

Inconformada, a embargante busca a reforma da sentença (fls. 2336/2398).

Defende, preliminarmente, a sua nulidade, alegando cerceamento de defesa por ter julgado antecipadamente o feito sem que lhe fosse oportunizada a produção da prova pericial requerida, a seu ver, inafastável para o deslinde da causa. Nesse aspecto, alude que os documentos juntados (balanços patrimoniais) carecem de análise por perito contador, salientando que, em casos aná-

Acesso ao Sumário

1 Valor da causa: R$40.579,54, em 18/12/2020.

logos envolvendo as mesmas partes, a realização da prova pericial foi deferida.

No mérito, sustenta a impossibilidade de aplicação do entendimento do STF (tema 581) durante o período de 2010 a 2016, haja vista a existência e controle prévio de constitucionalidade emitido pelo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, no sentido da não incidência do ISS sobre atividades de operadoras de planos de saúde. Aduz, ademais, que o STF consignou a possibilidade de haver modulação de efeitos pelos Tribunais locais, caso adotassem entendimentos conflitantes anteriormente ao seu posicionamento, sem que houvesse usurpação de competência. Portanto, antes de 2016, data em que julgado o RE 651.703, afirma que deve ser preservada a orientação do Órgão Especial que vigia à época, não se admitindo a retroatividade, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica e à proteção do contribuinte.

Não obstante, aponta *error in judicando* na sentença ao reconhecer a incidência do ISS, posto que se trata de associação sem finalidade lucrativa, cuja natureza se mostra incompatível com a tributação do ISS, imposto que tem o lucro como atividade essencial; que as receitas obtidas pela autogestão não se caracterizam como remuneração por um serviço; que os recursos arrecadados são integralmente voltados aos benefícios de seus participantes; que não comercializa planos de saúde, pois estes são voltados exclusivamente a grupo fechado de pessoas caracterizado por produtores rurais.

Alega, ademais, que se aplica ao presente caso a técnica do *distinguishing*, pois na tese apresentada no RE 651.703/PR não foi discutida a questão da ausência de lucratividade das filantropias e autogestões, até porque não era a *ratio decidenti* do caso.

Por essas razões, diante da ausência de exigibilidade e certeza, requisitos que devem estar presentes na CDA, defende não restar configurado o fato imponível da cobrança.

Colaciona julgados que lhe são favoráveis.

Requer, por fim, o provimento do recurso, anulando-se a r. sentença recorrida para que seja realizada a prova pericial a fim de se demonstrar tecnicamente a não incidência do ISS sobre as suas atividades. Alternativamente, requer seja a r. sentença reformada para que sejam acolhidas as teses de mérito, que demonstram a inexigibilidade da exação.

Foram ofertadas contrarrazões pela Municipalidade (fls. 2408/2419).

É o relatório.

De rigor o desprovimento do recurso.

Da compulsa dos autos observa-se que a SPA - SAÚDE SISTEMA DE PROMOÇÃO ASSISTÊNCIA opôs embargos à execução fiscal objetivando desconstituir a cobrança de ISS do exercício de 2011, fundamentada na Certidão de Dívida Ativa nº 572.157-1/2020-9 (valor: R$40.579,54, em novembro de 2020)

Acesso ao Sumário

O feito foi julgado improcedente, sendo essa a razão da sua insurgência.

Pois bem.

Inicialmente, afasta-se a preliminar de anulação da sentença por cerceamento de defesa.

Com respeito às decisões em contrário, por se tratar de matéria unicamente de direito, considera-se dispensável a realização de prova pericial, cujo objetivo seria demonstrar a inexistência de lucro e/ou reversão das receitas para manutenção e custeio das atividades da embargante para fins de reconhecimento da imunidade tributária, tema que será abordado mais à frente.

Por esse motivo, foi correta a decisão do Magistrado "a quo" de proceder ao julgamento antecipado da lide, até porque, nos termos do art. 370 do CPC, o indeferimento de provas inúteis ou protelatórias é poder-dever do juízo, que deve zelar pela celeridade processual (art. 370, parágrafo único).

Afastada a preliminar, passa-se à análise de mérito. Depreende-se do estatuto social da apelada (arts. 1º e 3º- fl. 45) que se trata de "*pessoa jurídica de direito privado, constituída e organizada sob a forma de associação com fins não econômicos, de natureza assistencial, [...], "que tem por finalidade precípua a realização de atividades assistenciais destinadas aos produtores rurais e dependentes de suas entidades assistenciais, no âmbito de sua cobertura geográfica*."

O art. 4º, por sua vez, elenca seus objetivos sociais, a saber:

> Art. 4º - Constituem objetivos sociais do S.P.A. SAÚDE, a serem cumpridos sob a forma e condições fixadas neste Estatuto e nas Resoluções de seus órgãos competentes e/ou Regulamentos específicos.
>
> 1 - assegurar a cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada ou própria, contratada ou referenciada visando à assistência médica e hospitalar, a ser paga integral ou parcialmente pelo S.P.A SAUDE. mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do beneficiário, observada a opção efetuada;
>
> II - promoção de atividades de assistência à saúde, campanhas de prevenção de doenças e educativas, diretamente ou através de parcerias com entidades públicas ou privadas:
>
> II - manter convênios de reciprocidade com entidades congêneres visando oferecer melhores condições de atendimento aos seus beneficiários, bem como de cooperação técnica com a Agência Nacional de Saúde Suplementar, Ministério da saúde e outras organizações, com vistas a promover estudos e pesquisas em prol do sistema suplementar de assistência a saúde.

Como se observa, a embargante tem como um de seus objetivos a operação de planos privados de assistência à saúde.

Acesso ao Sumário

Acerca do tema, vale destacar o seguinte precedente do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, de caráter vinculante nos limites da jurisdição deste Tribunal, no qual se reconhecia a inconstitucionalidade de leis municipais que tipificavam para fins de ISS a prestação de serviços relativos à planos de saúde:

> Incidente de Inconstitucionalidade – Lei Municipal nº 10.423/1987 – ISSQN – Incidência – Prestação de serviços – Conceito – Direito privado – Art. 110 do CTN – Plano de Assistência Médica Seguro – Empresa que não se enquadra como prestadora de serviços – Inconstitucionalidade do art. 1º, item 6, da Lei nº 10.423/87 reconhecida – Arguição de inconstitucionalidade procedente. [...] Feitas essas considerações, infere-se que as operadoras de planos de saúde não prestam serviços, mas apenas asseguram a sua prestação. E, sendo assim, a Omint Assistencial Serviços de Saúde S/C, como administradora de plano de saúde, não pode ser incluída dentre os entes tributáveis pelo imposto sobre serviços, sob pena de inconstitucionalidade. Pelo exposto, acolhe-se a presente arguição para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º, item 6, da Lei n° 10.423/87. (Arguição de Inconstitucionalidade n. 9039730-89.2005.8.26.0000 – Relator Ademir Benedito – Acórdão de 16 de junho de 2010, publicado em 19 de agosto de 2010).

Contudo, tal entendimento restou superado com o advento do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 651703, com repercussão geral reconhecida, em 2016, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que entendeu ser constitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) sobre a atividade desenvolvida pelas operadoras de planos de saúde. A matéria discutida originou o enunciado do Tema 581:

> O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 581 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, fixando tese nos seguintes termos: '**As operadoras de planos privados de assistência à saúde (plano de saúde e seguro-saúde) realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN**, previsto no art. 156, III, da CRFB/88. (grifei) (STF. RE 651.703/PR; rel. Min. Luiz Fux; j. **29/09/2016**)

No corpo do julgado, o eminente Relator, Ministro Luiz Fux, fez a seguinte observação:

> "(...) Sob este ângulo, o conceito de prestação de serviços não tem por premissa a configuração dada pelo Direito Civil, mas relacionado ao **oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades imateriais, prestados com habitualidade e intuito de lucro**, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador.
>
> **A LC nº 116/2003** imbricada ao *thema decidendum* traz consigo lista anexa que estabelece os serviços tributáveis pelo ISSQN, dentre eles, o objeto da presente ação, **que se encontra nos itens 4.22 e 4.23**, verbis:
>
> **Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de compe-**

Acesso ao Sumário

tência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. (...)
4.22 - Planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres.
4.23 - Outros planos de saúde que se cumpram através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano mediante indicação do beneficiário".

No caso dos autos, a atividade desenvolvida pela embargante se enquadra nos mesmos subitens 4.22 e 4.23, da Lista Anexa à Lei 116/03, mencionados no RE, que especificam de forma ampla os serviços de saúde e respectivos prestadores abrangidos, quais sejam:

4 Serviços de saúde, assistência médica e congêneres. [...]
4.22 Planos de medicina em grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres.
4.23 - Outros planos de saúde que se cumpram através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano mediante indicação do beneficiário.

Não obstante, o conceito de operadora de plano de assistência à saúde definido na Lei nº 9.656/1998 também é amplo e abarca empresas e entidades como a associação apelante. Confira-se:

"Lei 9.656/1998, Art. 1º. Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade e, simultaneamente, das disposições da **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990** (Código de Defesa do Consumidor), adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: **(Redação dada pela Lei nº 14.454, de 2022)**
[...]
II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou **entidade de autogestão**, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; **(Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)**
§ 2º. Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1o deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, **pela modalidade de autogestão** ou de administração.

A despeito de a embargante se intitular como entidade de autogestão, que não visa lucros, e afirmar que essa natureza seria incompatível com a tributação do ISS (imposto que tem o lucro como atividade essencial), o Tema 581 tratou da fixação do conceito constitucional de "serviços", e reconheceu a tributação dos serviços dos planos de saúde pelo ISSQN, sem fazer qualquer diferenciação

Acesso ao Sumário

entre as empresas com fins lucrativos e as sem fins lucrativos.

Como não houve essa distinção, e a empresa que era parte no referido RE é uma associação civil sem fins lucrativos, subentende-se que todas as operadoras de planos de saúde estão obrigadas ao recolhimento do ISS.

Ademais, não se pode confundir a "finalidade" da entidade, que é a prestação de serviços aos associados, com o seu "objeto", cujos serviços são prestados mediante contrato negocial firmado entre as partes, com contraprestação pelos associados, gerando daí o fato imponível tributário.

Esclareça-se que o Plenário do STF, na sessão virtual de 25/03/2022 a 1º.04.2022, por ocasião do julgamento dos segundos e terceiros embargos de declaração, veio a excluir o termo "seguro saúde" da tese fixada anteriormente no julgamento de mérito do tema 581, sob o fundamento de que essa hipótese não fora contemplada pela repercussão geral, o que resultou na seguinte redação: "***As operadoras de planos de saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88"***.

Nessa ocasião, apesar de o Ministro Luiz Fux ter ressalvado que o mesmo raciocínio se aplicaria às entidades de autogestão, isto se deu por força da retórica (*obter dictum*), sem que tal comentário integrasse o texto expresso do julgado. Logo, sem efeito vinculante. Nada obsta que, futuramente, a questão venha a ser discutida. Porém, no momento, as operadoras de planos de saúde, inclusive na modalidade de autogestão, estão abarcadas pela tese fixada no tema 581 do STF.

Relativamente à modulação dos efeitos da decisão do RE em discussão, o entendimento prevalente desta Câmara é no sentido de reconhecer que o precedente mencionado deve ser desde logo aplicado, até porque, como não houve a modulação pelo STF, não nos caberia fazê-lo, sob pena de configurar eventual usurpação de competência Pretório Excelso.

Note-se que, em casos em que se reconheceu a não incidência do ISS com base na anterior decisão do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, o Colendo STJ determinou a devolução dos autos à Turma Julgadora, nos termos do inc. II do art. 1030, do CPC, pelo motivo de que o recurso versa sobre tema já examinado na sistemática da repercussão geral (Tema nº 581) que reconheceu que as operadoras de planos de saúde realizam prestação de serviços sujeitos ao Imposto sobre serviços.

Confira-se a seguir alguns exemplos e seus fundamentos:

Recurso Extraordinário. Juízo de retratação. Controvérsia relacionada à incidência de ISSQN sobre operadoras de planos de saúde. O acórdão atacado afastou a ocorrência do fato gerador do citado imposto. Devolução dos autos à Turma Julgadora para cumprimento do artigo 1.040, II, CPC/15. Recurso Representativo de Controvérsia (STF (RE 651.703, Tema 581) no qual foi fixada a seguinte tese:

Acesso ao Sumário

"As operadoras de planos de saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88." É caso de aplicação imediata do precedente do STF. No tocante à base de cálculo, esta é caracterizada tão somente sobre a comissão, vale dizer, a receita auferida sobre a diferença entre o valor recebido pelo contratante e o que é repassado para os terceiros prestadores dos serviços. Adequa-se o julgado reexaminado para o fim de negar-se provimento aos recursos, tanto da autora quanto do Município, a fim de manter a sentença que reconheceu a possibilidade de incidência do ISSQN sobre atividade de planos de saúde, com observação quanto a sua base de cálculo, nos termos já delineados. Adequa-se o julgado reexaminado, nos termos do acórdão. (TJSP; Apelação nº 1048758-43.2014.8.26.0053; Rel.ª Beatriz Braga; j. em 24/09/2021)

"[...] Após prolação de acórdão paradigma do STF (RE 651.703, Tema 581), os autos foram devolvidos ***a esta Turma Julgadora para eventual adequação da fundamentação ou manutenção da decisão*** *(art. 1.040, II, do CPC/15).*

Em tal aresto, o Supremo Tribunal Federal definiu a seguinte tese:

"As operadoras de planos de saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88."

Inobstante referido precedente, o Relator do acórdão objeto da presente retratação manteve seu provimento anterior, no qual a cobrança de ISSQN foi afastada.

Para tanto, salientou que à época do ajuizamento da ação ainda vigia o entendimento do Órgão Especial deste Tribunal segundo o qual não incidia ISSQN sobre a atividade de planos de saúde. Dessa feita, pontuou que a evolução jurisprudencial através da prolação do aresto do STF acima citado não poderia atingir os atos praticados antes de sua publicação, a fim de preservar a segurança jurídica.

No entanto, é caso de aplicação imediata do precedente vinculante do STF acima citado, consolidado no Tema nº 581 de sua jurisprudência.

Em primeiro, o presente acórdão objeto de retratação não transitou em julgado. Assim, é natural que o provimento nele exarado possa ser alterado por meio da interposição de recurso extraordinário, como é a hipótese. Admitir-se o contrário equivaleria a impedir a rediscussão da questão na instância superior e ainda configuraria negativa de acesso à justiça sem qualquer previsão legal pertinente.

Em segundo, no precedente citado não houve qualquer modulação temporal de seus comandos. Destarte, inviável presumir

Acesso ao Sumário

marco temporal para produção dos efeitos de tal decisão, pois, se o próprio STF não consignou nada em tal sentido, não poderiam as instâncias ordinárias fixar, sob pena de, eventualmente, configurar usurpação da competência do Pretório Excelso.

Ademais, o Ministro Relator do STF não conferiu efeito suspensivo ao aresto em tela em razão de oposição de embargos de declaração em face de seu julgado. Como se sabe, apenas em caso de concessão expressa do efeito suspensivo é que os aclaratórios obstarão a produção de efeitos do julgado (art.1026, §1º do CPC), situação não vislumbrada no caso concreto.

Tecidas tais considerações, a não observância do precedente em tela poderá ensejar o manejo de reclamação constitucional ao STF, na forma do art.988, I, do CPC c.c. § 5º, II, do mesmo artigo.

Dessa forma, sob qualquer ângulo que se analise a questão, é caso de aplicação imediata do precedente do STF (Tema nº 581) para reconhecer a legitimidade da cobrança de ISSQN sobre a atividade de planos de saúde prestada pela autora. [...].”

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA – Embargos à execução fiscal. 1) ISS – Incidência do tributo sobre atos não tipicamente cooperados, referentes à venda de planos de saúde – Reconhecimento da inconstitucionalidade da tributação pelo Órgão Especial desta Corte – Superveniência de julgamento de repercussão geral em sentido contrário – Decisão do STF que fixou o entendimento que “as operadores de planos de saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto sobre serviços de Qualquer Natureza” – Recurso devolvido à Turma Julgadora, nos termos do art. 1.040, II, do CPC – Decisão readequada para acatar a jurisprudência do STF [...]”. (TJSP; Apelação nº 0000027-56.2012.8.26.0165; Rel. Eutálio Porto; j. em 30/09/2021)

“[...] Nos exatos termos dos despachos de fls. 1.483 e 1.484, do Presidente da Seção de Direito Público, fundado no art. 1030, inciso II do CPC, foram os autos devolvidos à Turma Julgadora para verificação da compatibilidade do julgado no que diz respeito à incidência do ISS sobre as atividades desenvolvidas pelas operadoras de planos de saúde, que foi julgada constitucional pelo STF.

Com efeito, a decisão anteriormente proferida acolheu a insurgência da embargante, no sentido de que não incidiria o imposto sobre serviços referente à venda de planos de saúde.

Referida decisão estava em consonância com o entendimento do Colendo Órgão Especial desta Corte, vazado nos seguintes termos:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei municipal n’ 10.423/1987 – ISSQN – Incidência – Prestação

Acesso ao Sumário

de serviços – Conceito – Direito privado – Art. 110 do CTN – Plano de assistência médica – Seguro – Empresa gue não se enquadra como prestadora de serviços – Inconstitucionalidade do art. 1°, item 6, da Lei n" 10.423/87 reconhecida – Argüição de inconstitucionalidade procedente. (Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 9039730-89.2005.8.26.0000; Rel. Des. Ademir Benedito; j. em 16/06/2010).

Posteriormente, o E. Supremo Tribunal Federal fixou entendimento em sentido contrário, nos seguintes termos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISSQN. ART. 156, III, CRFB/88. CONCEITO CONSTITUCIONAL DE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. ARTIGOS 109 E 110 DO CTN. AS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE (PLANO DE SAÚDE E SEGURO-SAÚDE) REALIZAM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO SUJEITA AO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA-ISSQN, PREVISTO NO ART. 156, III, DA CRFB/88.

*1. **O ISSQN incide nas atividades realizadas pelas Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde (Plano de Saúde e Seguro-Saúde).***

2. A coexistência de conceitos jurídicos e extrajurídicos passíveis de recondução a um mesmo termo ou expressão, onde se requer a definição de qual conceito prevalece, se o jurídico ou o extrajurídico, impõe não deva ser excluída, a priori, a possibilidade de o Direito Tributário ter conceitos implícitos próprios ou mesmo fazer remissão, de forma tácita, a conceitos diversos daqueles constantes na legislação infraconstitucional, mormente quando se trata de interpretação do texto constitucional.

3. O Direito Constitucional Tributário adota conceitos próprios, razão pela qual não há um primado do Direito Privado.

4. O art. 110, do CTN, não veicula norma de interpretação constitucional, posto inadmissível interpretação autêntica da Constituição encartada com exclusividade pelo legislador infraconstitucional.

5. O conceito de prestação de "serviços de qualquer natureza" e seu alcance no texto constitucional não são condicionados de forma imutável pela legislação ordinária, tanto mais que, de outra forma, seria necessário concluir pela possibilidade de estabilização com força constitucional da legislação infraconstitucional, de modo a gerar confusão entre os planos

normativos.

Acesso ao Sumário

6. O texto constitucional ao empregar o signo "serviço", que, a priori, conota um conceito específico na legislação infraconstitucional, não inibe a exegese constitucional que conjura o conceito de Direito Privado.

7. A exegese da Constituição configura a limitação hermenêutica dos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional, por isso que, ainda que a contraposição entre obrigações de dar e de fazer, para fins de dirimir o conflito de competência entre o ISS e o ICMS, seja utilizada no âmbito do Direito Tributário, à luz do que dispõem os artigos 109 e 110, do CTN, novos critérios de interpretação têm progressivamente ampliado o seu espaço, permitindo uma releitura do papel conferido aos supracitados dispositivos.

8. A doutrina do tema, ao analisar os artigos 109 e 110, aponta que o CTN, que tem status de lei complementar, não pode estabelecer normas sobre a interpretação da Constituição, sob pena de restar vulnerado o princípio da sua supremacia constitucional.

(...)

*27. Ex positis, em sede de Repercussão Geral a tese jurídica assentada é: "**As operadoras de planos de saúde e de seguro-saúde realizam prestação de serviço sujeita ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza ISSQN, previsto no art. 156, III, da CRFB/88**". 28. Recurso extraordinário DESPROVIDO.*

(RE 651703, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2016).

Assim, sob esse ponto o acórdão anteriormente lavrado deve ser ajustado para manter simetria com a decisão do STF. [...]."

ISS. Operadora de planos de saúde. Sentença que reconheceu a inexigibilidade dos créditos de ISS incidentes sobre as atividades da embargante. Recurso de apelação desprovido. Decisão mantida em sede de juízo de retratação. Apresentação de reclamação perante o C. STF. Reclamação julgada procedente, a fim de cassar a decisão reclamada e determinar a prolação de outra, com observância ao que foi decidido no RE 651.703. Julgamento do Recurso Extraordinário n. 651.703. Entendimento vinculante firmado no sentido da exigibilidade do ISS sobre as atividades desenvolvidas por operadoras de planos de saúde. [...]. Adequação do v. Aresto recorrido, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (artigos 1.040, II, e 1041, *caput*, do CPC/2015), para julgar improcedente ação. Inversão dos ônus sucumbenciais. (TJSP; Apelação nº 0008840-19.2011.8.26.0291; Rel. Ricardo Chimenti: j. em 28/03/2019)

"[...] Inicialmente, entendemos que a evolução legislativa e

Acesso ao Sumário

interpretativa não deveria atingir atos praticados sob a égide de precedente vigente à época de sua realização, sob pena de violação do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança (art. 927, § 4º, do CPC e arts. 23 e 24 da LINDB).

Contudo, o C. STF proferiu decisão nos autos da reclamação 31.580 (fls. 320/328) determinando a reforma da decisão desta Câmara com observância da tese fixada no RE 651.703, onde ficou assentada tese no sentido de que as operadoras de plano de saúde prestam serviços e estão sujeitas ao recolhimento do ISS, cuja base de cálculo, contudo, não deve corresponder ao valor bruto, mas sim à comissão, ou seja, a receita auferida sobre a diferença entre o valor recebido pelo contratante e o que é repassado para terceiros prestadores de serviços. Nesse sentido, EDcl no Resp. 227.293/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 09.08.2005, DJ 19.09.2005.

Assim, o v. acórdão de fls. 306/315 deve ser adequado à nova orientação do C. STF, conforme determinado nos autos da reclamação 31.580/SP, a fim de se reconhecer a incidência do ISS sobre os serviços prestados pela apelada, relativos a planos de saúde. [...]."

Diante dessas circunstâncias, não há que se falar em irretroatividade do Tema 581 do STF.

A associação embargante, para se eximir do recolhimento do ISS, também invoca a imunidade tributária.

Acerca do assunto, a Constituição Federal previu expressamente o seguinte:

"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 e educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;"

Acesso ao Sumário

Contudo, a recorrente não demonstrou que o serviço de saúde prestado se caracteriza como "assistência social", na medida em que é destinado a grupo restrito de pessoas (exclusivamente em prol dos associados), mediante contraprestação (pagamento de mensalidade). Desse modo, conquanto alegue não ter finalidade lucrativa, a atividade prestada não atende aos requisitos da universalidade e gratuidade, essenciais à caracterização da assistência social. Aliás, por essa razão, se mostra desnecessária a realização de prova pericial para verificação do patrimônio e demais requisitos do art. 14 do Código Tributário Nacional.

Em verdade, a autora se enquadra na condição de administradora de plano de saúde privado, na modalidade autogestão, sujeito passivo do ISS, conforme

Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar 116/2003, itens 4.22 e 4.23, de modo que não faz jus ao benefício da imunidade na forma prevista no art. 150, inciso VI, "c", da Constituição Federal.

Sendo assim, a Certidão de Dívida Ativa se apresenta como instrumento apto à cobrança ora discutida, posto que formal e materialmente em ordem.

Por essas razões, a sentença de primeiro grau deve ser mantida, majorando-se os honorários nela fixados para 15% sobre o valor da causa.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se jurisprudência consagrada, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que para fins de interposição de recursos extremos às cortes superiores é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. Bem por essa razão eventuais embargos declaratórios não se prestariam à eventual supressão de falta de referência a dispositivos de lei (STJ, EDcl no RMS 18.205/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 08/05/2006).

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso**, mantendo-se a sentença "a quo", por seus fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001257-47.2023.8.26.0128, da Comarca de Cardoso, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado USINA GUARIROBA LTDA.

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. Marina Magalhães Serrano – OAB/SP nº 454.340)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.481)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e MÁRCIO KAMMER DE LIMA.

São Paulo, 19 de dezembro de 2023.

AFONSO FARO JR.. Relator

Ementa: ICMS – CREDITAMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – Produtos intermediários – Aquisição de óleo diesel para utilização em máquinas e equipamentos necessários à atividade produtiva – Creditamento da diferença de ICMS pago a maior no regime de substituição tributária – Impossibilidade – Limitação imposta pelo art. 272 do RICMS – Limi-

Acesso ao Sumário

tação temporal para aplicação do art. 20 da Lei Complementar nº 87/96 imposta pelo art. 33 da mesma lei – Precedentes dos STF, STJ e desta Corte – Inversão do ônus da sucumbência – Sentença de procedência modificada. DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO DA FESP.

VOTO

Vistos.

A sentença de fls. 1.905/1.910, cujo relatório é o adotado, julgou procedente o pedido formulado por USINA GUARIROBA LTDA. nos embargos à execução opostos em face do ESTADO DE SÃO PAULO, para reconhecer a inexigibilidade do crédito tributário consubstanciado no AIIM nº 4.131.807-9 e determinar a extinção da Execução Fiscal nº 1500187-35.2023.8.26.0128. Condenou, ainda, a embargada ao pagamento das despesas processuais eventualmente suportadas pela embargante, além dos honorários advocatícios fixados em 8% do valor da causa, nos termos do art. 85, §§ 3º e 5º, do CPC.

Inconformada, apela a FESP às fls. 1.915/1.926. Alega que a executada realizou creditamento indevido de ICMS, ao lançar extemporaneamente crédito relativo à compra de óleo diesel para uso em máquinas e equipamentos, em desrespeito ao art. 272 do RICMS. Esclarece que o art. 272 prevê a possibilidade de empresas fabricantes creditarem-se ICMS, entretanto, a embargante teria se aproveitado de valor que ultrapassou o limite estabelecido na legislação. Alega inexistir amparo normativo para o procedimento adotado pela embargante. Subsidiariamente, requer a redução dos honorários para o importe de R$ 1.000,00.

Contrarrazões da embargante às fls. 1.930/1.956.

Oposição ao julgamento virtual às fls. 1.962.

É o relato do necessário.

A r. sentença que entendeu se tratar de questão unicamente de direito e julgou antecipadamente a lide, acolhendo a pretensão da embargante, deve ser modificada.

Segundo consta dos autos, a embargante pretende a desconstituição do crédito tributário consubstanciado no AIIM nº 4.131.807-9, alegando fazer jus ao ressarcimento do ICMS-ST retido por antecipação sobre o óleo diesel, insumo utilizado em máquinas e equipamentos do processo produtivo de açúcar, álcool e etanol.

Constou do auto de infração:

"**I - INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO**

1. Creditou-se indevidamente de ICMS, no montante de R$ 288.891,34 (duzentos e oitenta e oito mil, oitocentos e noventa e um reais e trinta e quatro centavos), no período de janeiro a dezembro de 2017, de acordo com o Demonstrativo I, referente às diferenças resultante entre o impos-

to retido por substituição tributária anteriormente e o crédito previsto no artigo 272 do RICMS/00, cujo texto determina ao destinatário da mercadoria adquirida com imposto retido tão somente o aproveitamento do crédito fiscal calculado mediante a aplicação da alíquota interna (12%) sobre a base de cálculo que seria atribuída à operação própria do remetente, caso estivesse submetida ao regime comum de tributação.

Portanto, além do crédito devido, cujo montante é calculado de acordo com o precitado artigo 272, foi feito também o crédito indevido do ICMS retido antecipadamente por substituição tributária. Esses créditos, lançados nos registros de entradas, referem-se a aquisições de óleo diesel.

A infração se comprova pelas cópias digitalizadas dos documentos juntados.

As datas de ocorrências dos juros de mora incidentes sobre o débito fiscal estão detalhadas nos Demonstrativos II e III, de acordo com a conta fiscal do ano de 2017.

INFRINGÊNCIA: Art. 272, do RICMS (Dec. 45.490/00).

CAPITULAÇÃO DA MULTA: Art. 85, inc. II, alínea "j" c/c §§ 1°, 9° e 10, da Lei 6.374/89. (...)" (fls. 96/97)

Respeitado o posicionamento do MM. Juiz *a quo*, o recurso comporta provimento.

A respeito da não cumulatividade do ICMS, diz a doutrina:

"...o ICMS é, por expressa determinação constitucional, um imposto não cumulativo, 'compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal' (CF, art. 155, § 2º, I). Diversamente do que acontece com o IPI, em relação ao ICMS essa não cumulatividade está sujeita ao disposto em lei complementar, pois a Constituição diz caber a esta *disciplinar o regime de compensação do imposto* (art. 155, § 2º, XII, 'c')." (HUGO DE BRITO MACHADO, Curso de direito tributário, 40ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2019, p. 387)

"Com a entrada em vigor do sistema tributário de 1988 em 01.03.1989, foi editado o Convênio ICMS 66/1988, conforme a autorização constitucional (art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT), para disciplinar provisoriamente o ICMS até a edição da lei complementar (...)

Com a edição da LC 87/1996, o Convênio ICMS 66/1988 e o Dec.- lei 406/68 perderam a vigência" (Código tributário nacional comentado, coordenação VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 190/191)

Assim dispõe a Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir):

"Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Esta-

Acesso ao Sumário

do.

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, i**nclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente**, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

(...)

Art. 33. **Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:**

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2007; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2011; (Redação dada pela Lcp nº 122, de 2006)

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020; (Redação dada pela Lcp nº 138, de 2010)

I – **somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2033**; (Redação dada pela Lei Complementar nº 171, de 2019)" (g.n.)

Note-se que a data prevista no inc. I acima transcrito vem sendo postergada ao longo do tempo. Tais limitações temporais para aplicação do direito ao creditamento de ICMS já foram objeto de pronunciamento da Suprema Corte:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. MERCADORIA ADQUIRIDA PARA ATIVO FIXO. LIMITAÇÕES TEMPORAIS AO APROVEITAMENTO INTEGRAL DE CRÉDITOS. VIOLAÇÃO À CUMULATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a não cumulatividade não confere um direito absoluto e irrestrito com relação aos créditos escriturais do ICMS, de modo que não há qualquer vedação a restrições quanto ao aproveitamento dos créditos financeiros apurados na aquisição de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AI 856339 AgR, Relator: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015).

O art. 40 da Lei Estadual nº 6.379/89 prevê que:

"Artigo 40 - É vedado o crédito do imposto relativo a mercadoria entrada ou adquirida e, conforme o caso, a serviço tomado:

I - alheios à atividade do estabelecimento;

II - para integração no produto ou consumo em processo de industrialização ou produção rural de produto cuja saída não seja tributada ou esteja isenta do imposto;"

Por sua vez, o Decreto Estadual nº 45.490/00 (RICMS) estabelece o conceito de mercadoria para uso ou consumo:

"Artigo 66 - Salvo disposição em contrário, é vedado o crédito relativo à mercadoria entrada ou adquirida, bem como ao serviço tomado (Lei 6.374/89, arts. 40 e 42, o primeiro na redação da Lei 10.619/00, art. 1.º, XX):

I - alheios à atividade do estabelecimento;

(...)

V - para uso ou consumo do próprio estabelecimento, **assim entendida a mercadoria que não for utilizada na comercialização ou a que não for empregada para integração no produto ou para consumo no respectivo processo de industrialização ou produção rural**, ou, ainda, na prestação de serviço sujeita ao imposto." (g.n.)

Das disposições transcritas, infere-se ser possível o aproveitamento de créditos de ICMS relativos a mercadorias adquiridas até 31/12/32, desde que sejam utilizadas na comercialização ou empregadas para integração no produto ou para consumo no respectivo processo de industrialização ou produção rural.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a impossibilidade de creditamento de ICMS na aquisição de produtos intermediários não integrantes do produto final:

"Agravo regimental no recurso extraordinário. **Tributário. ICMS Aquisição de produtos intermediários. Regime de crédito físico. Não integrantes do produto final. Creditamento. Impossibilidade. Ausência de ofensa ao princípio da não cumulatividade.** 1. Não há incidência no caso em tela dos enunciados das Súmulas 279, 282, 356, 283, 284 e 287 do Supremo Tribunal Federal. 2. **A aquisição de produtos intermediários, sujeitos ao regime de crédito físico, aplicados no processo produtivo que não integram fisicamente o produto final não gera direito ao crédito de ICMS.** 3. O princípio constitucional da não cumulatividade é uma garantia do emprego de técnica escritural que evite a sobreposição de incidências, sendo que as minúcias desse sistema e o contencioso que daí se origina repousam na esfera da legalidade. 4. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC). 5. Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) do total daquela já fixada (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício de gratuidade da justiça." (RE 689001 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, j. 06/02/2018) (g.n.)

Na hipótese, o auto de infração entendeu ser apropriado o crédito de ICMS próprio, mas apontou como indevido o crédito de ICMS-ST retido antecipadamente por substituição tributária.

Acesso ao Sumário

Não se desconhece a existência de entendimento doutrinário e jurisprudencial em sentido contrário.

Todavia, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça é nesta direção:

"MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. Substituição Tributária. Impetrante que adquire óleo diesel diretamente de distribuidores de combustíveis para fabricação e comercialização de seus produtos. **Pretensão de creditamento da integralidade do ICMS recolhido pelas refinarias no início da cadeia de comercialização, sem a limitação do artigo 272 do RICMS/SP. Impossibilidade. Apropriação integral dos créditos pela aquisição de bens consumidos no processo produtivo de industrialização que não deriva da regra-matriz constitucional, e sim do art. 20 da LC nº 87/96, cuja aplicabilidade está prevista para janeiro de 2033**. Inexistência de impedimentos para que o Estado de São Paulo estabeleça regramento próprio sobre o tema. Impossibilidade de aplicação ao caso da tese fixada pelo C. Supremo Tribunal Federal (Tema 201) em 19.10.2016 que reconheceu ser "devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida", pois a pretensão da impetrante é o creditamento a maior do imposto. Ausência de demonstração do direito líquido e certo violado. Necessidade, ademais, de formulação de prévio pedido administrativo para apuração de eventual diferença. Precedentes. Segurança denegada. Manutenção. RECURSO DESPROVIDO." (TJSP, apelação cível 1015609-20.2020.8.26.0482, Relator: Jarbas Gomes, comarca: Presidente Prudente, órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público, data do julgamento: 27/07/21, data de publicação: 27/07/21) (g.n.)

"MANDADO DE SEGURANÇA – **CREDITAMENTO E RESTITUIÇÃO DE ICMS/ST** – AQUISIÇÃO **DE ÓLEO DIESEL PARA UTILIZAÇÃO EM MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À ATIVIDADE PRODUTIVA, DIRETAMENTE DA DISTRIBUIDORA** – Sentença denegatória da segurança. PRELIMINAR – Nulidade – Inocorrência – Preliminar que se confunde com o próprio mérito – Rejeição. MÉRITO –**Inexistência de inconstitucionalidade ou ilegalidade do artigo 272 do RICMS** – Inaplicabilidade, na espécie, do Tema nº 201/STF – Concessão da segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito – Súmula nº 271/STF – Direito à restituição de valores depende de dilação probatória, incabível na via mandamental, nos termos do art. 66-B da Lei Estadual nº 6.374/1998, observado o disposto no art. 166 do CTN – Precedentes deste E. Tribunal – Denegação da segurança mantida. Apelo desprovido." (TJSP, apelação cível 1022125-82.2020.8.26.0053, Relator: Spoladore Dominguez, comarca: São Paulo, órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público, data do julgamento: 09/02/22, data de publicação: 11/02/22) (g.n.)

"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. CRE-

Acesso ao Sumário

DITAMENTO E RESTITUIÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 1. Preliminar. Acolhida a preliminar de nulidade da sentença, por ser "citra petita", considerando que o magistrado não apreciou a tese principal defendida pela impetrante, analisando apenas o pedido subsidiário. Questão não enfrentada que pode ser apreciada em segunda instância, nos termos do art. 1.013, § 3º do CPC. 2. Mérito. Impetrante que adquire óleo diesel diretamente de distribuidoras de combustíveis para abastecimento dos veículos utilizados no transporte rodoviário de cargas. **Pretensão ao reconhecimento do creditamento integral do ICMS-ST, afastando a limitação imposta pelo art. 272 do RICMS. Impossibilidade. Ausência de violação ao princípio da não cumulatividade.** Não há qualquer impedimento para que o Estado de São Paulo estabeleça regras próprias para a apropriação dos créditos na hipótese em análise. Precedentes deste E. TJSP. 3. Pedido de restituição de crédito em razão da não ocorrência de fato gerador presumido. Não se desconhece o julgamento do RE 593.849/MG (Tema nº 201), no qual o STF acolheu a tese de que "é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida", hipótese, contudo, diferente da prevista no caso tem tela, em que se pretende o creditamento a maior do imposto. De todo modo, é necessária a comprovação das operações para a restituição do crédito, nos termos do art. 66-B da Lei nº 6.374/1989, situação não observada na espécie. Direito à devolução que poderá ser reconhecido administrativamente, após a análise da documentação necessária e comprobatória da diferença alegada pelo contribuinte. Tratando-se de ICMS, tributo indireto em que o contribuinte de direito transfere o encargo financeiro ao consumidor final dos produtos e serviços sem assumir a carga tributária, para que se efetive o creditamento "a posteriori" é necessária a prova da não repercussão do encargo financeiro ou de autorização do contribuinte de fato para receber a restituição (art. 166 do CTN).
Ausência de direito líquido e certo. Sentença anulada e, no mérito, denegação da segurança. Recurso parcialmente provido." (TJSP, apelação cível 1035499-68.2020.8.26.0053; Relator: Djalma Lofrano Filho; comarca: São Paulo, órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público, data do Julgamento: 19/01/21, data de publicação: 19/01/2021) (g.n.)
"MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE. Inocorrência. Hipótese que não se trata de insurgência contra a norma em tese (RICMS), mas contra os efeitos concretos desta norma, que atingiram as operações fiscais encartadas pela impetrante. Inadequação da via eleita não configurada. Preliminar rejeitada. FALTA DE INTERESSE DE AGIR/ IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Creditamento extemporâneo de valores nos últimos cinco anos da data da impetração. Inadmissibilidade. Inviável cobrança de valores pretéritos na via mandamental. Súmula 271 do STF. Recurso não conhecido, quantos aos valores su-

Acesso ao Sumário

postamente devidos antes da data da impetração. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. **Pretensão ao reconhecimento do creditamento integral do ICMS-ST, afastando-se a limitação imposta pelo art. 272 do RICMS. Pessoa jurídica dedicada ao plantio e posterior industrialização de cana-de-açúcar para a produção de açúcar e álcool. Pretensão ao creditamento de ICMS referente ao diesel adquirido para utilização em sua atividade agroindustrial (máquinas e implementos empregados no plantio, manutenção e tratos culturais da lavoura) com a mesma base de cálculo utilizada pela refinaria para a apuração do imposto a ser pago. Violação ao princípio da não-cumulatividade pelo art. 272, parte final, do Decreto nº 45.490/00 não configurado**. Apropriação integral dos créditos pela aquisição de bens consumidos no processo produtivo de industrialização que não deriva da regra-matriz constitucional, e sim do art. 20 da LC nº 87/96, cuja aplicabilidade foi diversas vezes postergada e atualmente está prevista para janeiro de 2033. Sentença de improcedência mantida. Recurso conhecido e improvido." (TJSP, apelação cível 1011763-21.2019.8.26.0032; Relator: Claudio Augusto Pedrassi; comarca: Araçatuba, órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público, data do julgamento: 16/11/20, data de publicação: 16/11/20) (g.n.)

"Pretensão ao creditamento de ICMS referente ao diesel adquirido para utilização em sua atividade agroindustrial (máquinas e implementos empregados no plantio, manutenção e tratos culturais da lavoura) com a mesma base de cálculo utilizada pela refinaria para a apuração do imposto a ser pago. Apelo tempestivo. Violação ao princípio da não-cumulatividade pelo art. 272, parte final, do Decreto nº 45.490/00 não configurado. Apropriação integral dos créditos pela aquisição de bens consumidos no processo produtivo de industrialização que não deriva da regra-matriz constitucional, e sim do art. 20 da LC nº 87/96, cuja aplicabilidade foi diversas vezes postergada e atualmente está prevista para janeiro de 2020. Precedente. Direito líquido e certo não configurado. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido." (TJSP, apelação cível 1004925-86.2015.8.26.0037, Relatora: Vera Angrisani, comarca: Araraquara, órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público, data do julgamento: 22/08/17, data de publicação: 24/08/17)

Dessa forma, os argumentos apresentados pela Fazenda foram suficientes para infirmar as conclusões anteriormente apresentadas, sendo de rigor a modificação da r. sentença.

Quanto aos honorários advocatícios, ante a sucumbência total da embargante, são fixados sobre o valor da causa, com base no critério do § 3º do art. 85 do CPC. Assim, observados os parâmetros do § 2º e à luz das regras dos §§ 3º e 5º, são ora estabelecidos os percentuais mínimos de cada faixa.

São, também, devidos honorários recursais à Fazenda, ante a sucumbência total do recurso apresentado pela embargante, pelo que os honorários acima

Acesso ao Sumário

estabelecidos são majorados (art. 85, § 11) em 0,5% em razão do trabalho adicional em grau recursal (percentual a incidir sobre o *quantum* retro arbitrado).

Desse modo, é de rigor a improcedência dos embargos com o reconhecimento da exigibilidade do crédito tributário.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso da FESP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1039521-72.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA e DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral da Dra. Luciana Bazan Martins Bisetti, negaram provimento aos recursos de apelação apresentados pelas partes litigantes. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.204)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 11 de dezembro de 2023.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSOS DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SISTEMA CARCERÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO – PRETENSÃO À ADOÇÃO DE MEDIDAS SANITÁRIAS E INFORMATIVAS NAS RESPECTIVAS UNIDADES PRISIONAIS – PRETENSÃO À ADEQUAÇÃO DA INFRAESTRUTURA MÉDICO E AMBULATORIAL – EXTINÇÃO PARCIAL DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – ARTIGO 485, IV E V, DO CPC/15 – PRETENSÃO RECURSAL AO RECONHECIMENTO DA NULIDADE PARCIAL DA R. SENTENÇA RECORRIDA – IMPOSSIBILIDADE – PRETENSÃO À IMPLEMENTAÇÃO DE MELHORIAS NA ASSISTÊNCIA MATERIAL À POPULAÇÃO CARCERÁRIA – POSSIBILIDADE PARCIAL. 1. Inicial-

Acesso ao Sumário

mente, litispendência parcial, reconhecida, em relação ao seguinte: a) estabelecimento de critérios de triagem por meio de profissionais de saúde; b) realização de campanhas informativas, a respeito da Pandemia (COVID-19); c) fornecimento de itens de higiene pessoal, limpeza e medicamentos; d) isolamento daqueles que ingressam nos estabelecimentos prisionais; e) alocação e disponibilização de equipe médica suficiente. 2. Inadequação da via processual eleita, em razão da competência jurisdicional exclusiva do D. Juízo da Execução Criminal, para o conhecimento e julgamento das seguintes matérias: a) regularização da entrega de encomendas aos detentos (jumbo); b) duração do banho de sol; c) deficiência na realização de exames criminológicos. 3. Inteligência do artigo 66 da Lei Federal nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal). 4. No mérito da lide, o dever de assistência ao preso, previsto no artigo 10 da Lei Federal nº 7.210/84, decorre do postulado da dignidade humana e, ainda, da garantia da respectiva integridade física e moral. 5. Impossibilidade de adoção de regime de racionamento de água, ante a incompatibilidade com os referidos direitos do detento. 6. Necessidade de observância das condições sanitárias no preparo e armazenamento de produtos alimentícios, reconhecida. 7. Entretanto, os elementos de convicção produzidos nos autos não demonstram a inadequação ou a insuficiência da alimentação fornecida à população carcerária. 8. Em Primeiro Grau de Jurisdição: a) julgamento conjunto das ações civis públicas nºs 1039521-72.2020.8.26.0053 e 1031632-67.2020.8.26.0053; b) extinção parcial do processo (ação civil pública), sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 485, IV e V, do CPC/15, ante o reconhecimento do seguinte: b.1) competência jurisdicional absoluta do D. Juízo das Execuções Criminais; b.2) ocorrência de litispendência, em relação aos processos nºs 1014087-81.2020.8.26.0053 e 1014857-74.2020.8.26.0053, que tramitam perante a D. 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, relativamente ao seguinte: b.2.1) questões relacionadas ao exame criminológico; b.2.2) duração de banho de sol;

Acesso ao Sumário

b.2.3) regularização da entrega das encomendas (jumbos); b.2.4) fornecimento de itens de higiene; b.2.5) disponibilização de equipes médicas; b.2.6) isolamento de recém ingressos; b.2.7) realização de campanhas informativas, a respeito da Pandemia (COVID-19); c) procedência parcial da ação civil pública, para determinar o seguinte: c.1) fornecimento ininterrupto de água nos estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo; c.2) observância de normas sanitárias no preparo e armazenamento de alimentação fornecida aos detentos; d) Não sobreveio a condenação das partes litigantes ao pagamento dos ônus decorrentes da sucumbência, por força do disposto no artigo 18 da Lei Federal nº 7.347/85. 9. Sentença, recorrida, ratificada. 10. Recursos de apelação, apresentados pelas partes litigantes, desprovidos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação, interpostos contra a r. sentença de fls. 5.896/5.916, que deliberou o seguinte: a) determinou o julgamento conjunto das ações civis públicas nºs 1039521-72.2020.8.26.0053 e 1031632-67.2020.8.26.0053; b) extinguiu parcialmente o processo (*ação civil pública*), sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 485, IV e V, do CPC/15, ante o reconhecimento do seguinte: b.1) competência jurisdicional absoluta do D. Juízo das Execuções Criminais; b.2) ocorrência de litispendência, em relação aos processos nºs 1014087-81.2020.8.26.0053 e 1014857-74.2020.8.26.0053, que tramitam perante a D. 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, relativamente ao seguinte: b.2.1) questões relacionadas ao exame criminológico; b.2.2) duração de banho de sol; b.2.3) regularização da entrega das encomendas (*jumbos*); b.2.4) fornecimento de itens de higiene; b.2.5) disponibilização de equipes médicas; b.2.6) isolamento de recém ingressos; b.2.7) realização de campanhas informativas, a respeito da Pandemia (*COVID-19*); c) julgou parcialmente procedente a ação civil pública, para determinar o seguinte: c.1) fornecimento ininterrupto de água nos estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo; c.2) observância de normas sanitárias no preparo e armazenamento de alimentação fornecida aos detentos. Não sobreveio a condenação das partes litigantes ao pagamento dos ônus decorrentes da sucumbência, por força do disposto no artigo 18 da Lei Federal nº 7.347/85.

A parte ré, Fazenda Pública do Estado de São Paulo, nas razões recursais, sustentou, em resumo, o seguinte: a) presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; b) descumprimento do ônus quanto ao fato constitutivo do

Acesso ao Sumário

respectivo direito; c) regularidade do fornecimento de água e alimentação no sistema penitenciário.

A parte autora, Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos IDDD, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por sua vez, nas razões recursais, arguiu, preliminarmente o seguinte: a) adequação da via processual eleita (*ação civil pública*); b) inocorrência de litispendência. E, no mérito, sustentou, em síntese, o seguinte: a) fornecimento de itens de higiene, não comprovada; b) alimentação insuficiente e imprópria para o respectivo consumo; c) insuficiência de medicamentos no sistema prisional; d) necessidade de aumento da duração do banho de sol, no ambiente prisional; e) regularização da entrega de encomendas (*jumbos*); f) realização de campanhas, a respeito da Pandemia (*COVID-19*).

Os recursos de apelação, tempestivos e isentos de preparo, foram recebidos nos regulares efeitos e respondidos.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se a fls. 6.583/6.588, opinando pelo desprovimento dos inconformismos voluntários.

É o relatório.

Pondere-se, desde logo, a inexistência de reexame necessário, pois, a hipótese vertente não está enquadrada no artigo 19 da Lei Federal nº 4.717/65, aplicável à ação civil pública, por força da jurisprudência consolidada perante o C. STJ (*REsp nº 1.108.542/SC; Rel. o I. Ministro Castro Meira; E. Segunda Turma; Julgado em 19.5.09; DJ 29.5.09*).

Os recursos de apelação, apresentados pelas partes litigantes, não merecem provimento, devendo prevalecer a r. sentença de Primeiro Grau de Jurisdição, que deu a melhor solução ao caso concreto.

Trata-se de ação civil pública, objetivando o reconhecimento do direito ao seguinte: a) estabelecimento de critérios de triagem, exclusivamente, por meio de profissionais de saúde, para todos os que ingressam nas unidades prisionais e socioeducativas, com o objetivo de identificar possíveis casos suspeitos de doenças respiratórias; b) realização de campanhas informativas, a respeito da Pandemia (*COVID-19*); c) fornecimento ininterrupto de água nas referidas unidades prisionais; d) ampliação do banho de sol, para a duração mínima de 6 horas diárias; e) abastecimento do estoque de medicamentos; f) fornecimento obrigatório de alimentação, itens básicos de higienes, máscaras de proteção e materiais de limpeza; g) adoção de medidas para evitar o atraso no recebimento de encomendas (*jumbo*); h) designação de equipes médicas suficiente ao atendimento local.

Inicialmente, a matéria preliminar, arguida pela parte autora, Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos IDDD, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, relacionada à adequação da via processual eleita e a inexistência de litispendência, deve ser rejeitada.

Acesso ao Sumário

Com efeito. É competência exclusiva do D. Juízo da Execução Criminal o conhecimento e análise de questões relativas à regularização da entrega de encomendas aos detentos (*jumbo*), duração do banho de sol e a alegada deficiência na realização de exames criminológicos.

Afinal, as referidas matérias jurídicas estão inseridas no âmbito da execução penal, propriamente dita, atraindo, por via de consequência, à competência do D. Juízo da Execução, com fundamento no artigo 66 da Lei Federal nº 7.210/84 (*Lei de Execução Penal*).

Aliás, a eventual apreciação de pedidos relacionados ao direito de saída da cela e do procedimento de entrega de encomendas deve considerar, por óbvio, as particularidades de cada unidade prisional, tendo em vista a possibilidade de interferência indevida no funcionamento de estabelecimentos penais e, inclusive, na respectiva rotina de segurança.

De outra parte, é mesmo induvidosa a ocorrência de litispendência, em relação ao seguinte: a) estabelecimento de critérios de triagem por meio de profissionais de saúde; b) realização de campanhas informativas, a respeito da Pandemia (*COVID-19*); c) fornecimento de itens de higiene pessoal, limpeza e medicamentos; d) isolamento daqueles que ingressam nos estabelecimentos prisionais; e) alocação e disponibilização de equipe médica suficiente.

E, neste aspecto específico, é possível identificar, a partir da prova documental, a repetição de elementos objetivos da ação (*causa de pedir e pedido*), conforme o seguinte: a) processos nºs 1014087-81.2020.8.26.0053 (fls. 5.536/5.540) e 1014857-74.2020.8.26.0053 (*fls. 5.510/5.535*), que tramitam perante a D. 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital; b) processo nº 0013115-12.2012.8.26.0053 (*fls. 5.559/5.577*), que tramita perante a D. 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

Relativamente ao último processo acima mencionado (*nº 0013115-12.2012.8.26.0053*), a hipótese é de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, objetivando a concessão de tutela de saúde, em favor da população carcerária, mediante a adequação das unidades prisionais aos termos dos respectivos Anexos A e B, integrantes do Anexo I, da Portaria Interministerial MS/MJ nº 1.777/03.

Os itens 3.4 e 6, do Anexo I, da referida Portaria Interministerial dispõem, respectivamente, a respeito da aquisição de medicamentos e a formação de equipes de saúde no ambiente prisional, razão pela qual é inequívoca a necessidade de reconhecimento da ocorrência de litispendência.

É desnecessária, ainda, a correspondência entre as partes litigantes, para a configuração de identidade entre as demandas, uma vez considerada a legitimidade extraordinária típica de ações componentes do microssistema de tutela coletiva.

Acesso ao Sumário

Desta forma, considerando que o objeto dos referidos processos contempla não só os interesses da coletividade de servidores públicos, mas, também, ações voltadas à melhoria do ambiente prisional como um todo, é mesmo forçoso reconhecer, nos termos da fundamentação, a ocorrência de litispendência.

Mas não é só. Confira-se, ainda, o r. parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, nos seguintes termos:

> *"De fato, não comporta qualquer reparo o mandamento no que concerne ao reconhecimento de incompetência referente aos pleitos de "banho de sol" em horário mais elástico, exame criminológico adequado e até mesmo de entrega do epitetado 'jumbo', composto por material vindo do exterior dos estabelecimentos à população carcerária, pois que os mesmos se inserem em porção de dicção judicial da alçada das execuções criminais, dado que se relacionam com o cumprimento de penas, ainda que a eventual demora na entrega deste último, episodicamente esteja inserida ou relacionada com maior e mais acurado exame e sanitização. Já que no se refere aos pleitos de entrega de 'kits' de higiene, alocação de equipes de assistência médica, isolamento e acompanhamento de pessoas recentemente ingressadas no sistema prisional ou mesmo de outras com sintomas compatíveis com a doença desencadeada pelo vírus da COVID-19 e a respectiva campanha interna, é de se constatar a existência de litispendência guardada com as demandas da espécie, como indicado pelo d. sentenciante, precedentes às ações em comento, dada a identidade de pedidos e causa de pedir, ressalvada a legitimação extraordinária delas decorrentes."* (fls. 6.584/6.585)

Daí porque, o caso era mesmo de extinção parcial do processo (*ação civil pública*), sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 485, IV e V, do CPC/15, ante o reconhecimento do seguinte: a) competência jurisdicional absoluta do D. Juízo das Execuções Criminais; b) ocorrência de litispendência, em relação aos processos nºs 1014087-81.2020.8.26.0053 e 1014857-74.2020.8.26.0053, que tramitam perante a D. 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, relativamente ao seguinte: b.1) questões relacionadas ao exame criminológico; b.2) duração de banho de sol; b.3) regularização da entrega das encomendas (*jumbos*); b.4) fornecimento de itens de higiene; b.5) disponibilização de equipes médicas; b.6) isolamento de recém ingressos; b.7) realização de campanhas informativas, a respeito da Pandemia (*COVID-19*).

Superada a matéria preliminar e prejudicial, enfrenta-se o mérito da lide.

No mérito, os elementos de convicção produzidos nos autos autorizam o acolhimento parcial da pretensão remanescente, deduzida pela parte autora na petição inicial.

Pois bem. A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, conforme o disposto no artigo 1º, inciso II, da CF.

Acesso ao Sumário

Além disso, o artigo 5º, XLIX, da CF, contém previsão específica quanto ao detento, sob a custódia do Estado, no sentido da garantia da respectiva integridade física e moral.

Ademais, a Recomendação nº 62/2.020, do Conselho Nacional de Justiça, prevê o seguinte:

> *"Art. 9º Recomendar aos magistrados que, no exercício de suas atribuições de fiscalização de estabelecimentos prisionais e unidades socioeducativas, zelem pela elaboração e implementação de um plano de contingências pelo Poder Executivo que preveja, minimamente, as seguintes medidas:*
> *(...)*
> *IV – abastecimento de remédios e fornecimento obrigatório de alimentação e itens básicos de higiene pela Administração Pública e a ampliação do rol de itens permitidos e do quantitativo máximo de entrada autorizada de medicamentos, alimentos e materiais de limpeza e higiene fornecidos por familiares e visitantes;*
> *V – **fornecimento ininterrupto de água para as pessoas privadas de liberdade** e agentes públicos das unidades ou, na impossibilidade de fazê-lo, ampliação do fornecimento ao máximo da capacidade instalada;"*
> (destaques acrescidos)

A Lei Federal nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), por sua vez, prevê, ainda, o seguinte:

> *"Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. Art. 11. A assistência será:*
> *I - material;*
> *II - à saúde;*
> *III -jurídica;*
> *IV - educacional;*
> *V - social;*
> *VI - religiosa.*
> *Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas."*

E, os elementos constantes dos autos, neste particular, são aptos e suficientes à demonstração da versão da parte ré, no seguinte sentido: a) abastecimento de água nos prédios públicos (*fls. 2.122/2.872*); b) aquisição de produtos alimentícios em quantidade adequada à população carcerária.

Porém, os Relatórios de Inspeção da referida situação carcerária, expedidos pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (*fls. 822/1.491*), demonstram a existência de regime de racionamento no fornecimento de água, o que é

Acesso ao Sumário

inadmissível, a despeito da amostragem reduzida, em relação à totalidade dos respectivos estabelecimentos prisionais.

A existência, ainda que pontual, de racionamento no fornecimento de água foi corroborada, inclusive, por meio das declarações dos respectivos diretores de estabelecimentos prisionais. Fica o registro!

A deficiência do serviço está relacionada, apenas e tão somente, à interrupção indevida de água, razão pela qual a apresentação de respectivos contratos de fornecimento é insuficiente à descaracterização da referida irregularidade.

Assim, o acolhimento da pretensão ao fornecimento ininterrupto de água, nos estabelecimentos prisionais, era mesmo a medida que se impunha no caso concreto.

Na sequência, não há como verificar, repita-se, o descumprimento de parâmetros relativos à alimentação, nos estabelecimentos prisionais, conforme os termos da Resolução SAMSP nº 16/98 e Decreto Estadual nº 43.339/98. E, a realidade dos autos tampouco permite a conclusão no sentido de inadequação da dieta fornecida à população carcerária.

Respeitado o núcleo essencial do direito à assistência material do detento, as especificidades, quanto à elaboração de cardápios e a aquisição de alimentos estão inseridas, à evidência, no âmbito da discricionariedade administrativa.

No entanto, observar-se-á, à evidência, o regramento sanitário, quanto ao preparo e armazenagem dos referidos produtos alimentícios, máxime, na consideração da prova documental produzida nos autos, no sentido da ocorrência de episódios isolados na verificação de itens inadequados ao consumo.

Outrossim, confira-se, por oportuno, a r. sentença proferida na origem, nos seguintes termos:

> *"No presente caso, o Estado comprovou, por meio das notas fiscais e notas de empenho, que tem abastecido com alimentos os presídios estaduais, e essa situação foi confirmada em relatórios de vistoria/inspeção conduzido pela Defensoria Pública (fls. 5723/5809), eis que ali não se contestou o fornecimento de alimentação aos presos ("não houve reclamação em relação à regularidade da garantia deste direito" fls. 5732). Todavia, houve relatos de "presença de objetos na comida e comida azeda em alguns dias" no Centro de Detenção Provisória 2 de Osasco (fls. 5752) e alimentos armazenados de forma inadequada na Penitenciária de Guareí I (fls. 5790) o que não se pode admitir, considerando que a alimentação adequada é aquela, por óbvio, própria para o consumo, produzida e acondiciona segundo os padrões sanitários. É certamente uma das vertentes do mínimo existencial que deve ser garantido a todos os seres humanos.*
>
> *A quantidade de refeições diárias (três – sendo café da manhã, almoço e jantar) encontra-se de acordo com a Resolução SAMSP, a qual prevê*

Acesso ao Sumário

como opcional o lanche da tarde e ceia. Já os horários das refeições, entendo ser questão que extrapola a competência do Juízo, encontrando-se afeta à Execução Criminal, pois quem melhor poderá dispor acerca da dinâmica rotina das penitenciárias, inclusive diante da possibilidade de interferência da segurança do local. (...)

Procede, no entanto, o pedido de fornecimento ininterrupto de água. Isso porque, embora o Estado de São Paulo tenha apresentado diversos contratos de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário (fls. 2122 e seguintes), os relatos colhidos pela Defensoria Pública foram unânimes em afirmar que o fornecimento não se dá de forma ininterrupta, ao contrário, o acesso à água, essencial para higiene pessoal dos detentos, suas roupas e objetos, bem como do ambiente em que se encontram é restrito a poucas horas por dia." (fls. 5.913/5.914)

Finalmente, o r. parecer da Douta Procuradoria- Geral de Justiça, também, é no sentido da rejeição das pretensões recursais. Confira-se:

"Daí porque, necessária se faz ao menos, a concessão do mínimo, a que a população carcerária, ingressa no sistema estadual respectivo, não padeça de forma mais acentuada do que a necessidade da imposição de suas reprimendas, donde se verificar de todo adequado, o fornecimento, ou oferecimento contíguo de água, aos episódicos habitantes do cárcere, justamente ao atendimento de critérios de higiene, pessoal, de pertences e de alimentos, em medida que supre, como parte do possível, quantificativo ideal, ou em maior escala, do que o preconizado por organismos mundiais, como é a prestigiada Organização Mundial de Saúde.

Por outro lado, a documentação encartada aos autos dá conta de que, de alimentação, evidentemente, não se encontram privados os detentos, constituindo o pleito de imposição de fornecimento de 05 (cinco) refeições diárias, um incrementos de regalias que, em princípio, vão além do que seus direitos de ação e locomoção, temporária e legalmente restritos, permitem; além de representarem plus já vantajoso em relação à população trabalhadora e produtora de bens da vida, não privada legalmente de sua liberdade, que sobrevive, por vezes, com duas refeições diárias, ou, quando não, menos do que isso, diariamente.

Mesmo assim, a despeito da demonstração da quantidade de refeições fornecidas, impõe-se, como antecipado, a concessão do mínimo, situado em patamar médio, de 03 (três) refeições diárias, preparadas e fornecidas com critérios de higiene e consumo adequados, como já consignado no mandamento final.

Em suma, não concorrendo, ao menos com os elementos contidos nos autos, demonstração maior de viabilidade da tutela buscada já concedida, a solução que se impõe é a de procedência apenas parcial das deman-

Acesso ao Sumário

das, nos limites gizados, como adotado no decisum impugnado." (fls. 6.587/6.588)

Portanto, era mesmo de absoluto rigor, deliberar, nos exatos termos da fundamentação, o seguinte: a) julgamento conjunto das ações civis públicas nºs 1039521-72.2020.8.26.0053 e 1031632-67.2020.8.26.0053; b) extinção parcial do processo (*ação civil pública*), sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 485, IV e V, do CPC/15, ante o reconhecimento do seguinte: b.1) competência jurisdicional absoluta do D. Juízo das Execuções Criminais; b.2) ocorrência de litispendência, em relação aos processos nºs 1014087-81.2020.8.26.0053 e 1014857-74.2020.8.26.0053, que tramitam perante a D. 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, relativamente ao seguinte: b.2.1) questões relacionadas ao exame criminológico; b.2.2) duração de banho de sol; b.2.3) regularização da entrega das encomendas (*jumbos*); b.2.4) fornecimento de itens de higiene; b.2.5) disponibilização de equipes médicas; b.2.6) isolamento de recém ingressos; b.2.7) realização de campanhas informativas, a respeito da Pandemia (*COVID-19*); c) procedência parcial da ação civil pública, para determinar o seguinte: c.1) fornecimento ininterrupto de água nos estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo; c.2) observância de normas sanitárias no preparo e armazenamento de alimentação fornecida aos detentos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos recursos de apelação, apresentados pelas partes litigantes, ratificando, na íntegra, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002010-85.2021.8.26.0156, da Comarca de Cruzeiro, em que é apelante CONCESSIONÁRIA DA RODOVIA PRESIDENTE DUTRA S/A, é apelado USINA PAULISTA QUELUZ DE ENERGIA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.889)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 18 de dezembro de 2023.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Ação de obrigação e não fazer – Escopo de compelir a Concessionária de Rodovia Federal a desbloquear acesso à propriedade da autora – Notificação da ré para a proprietária apresentar documentação de que foi autorizada a implantação de acesso na faixa de domínio da Rodovia Presidente Dutra e, na hipótese de não possuir a correlata autorização, para proceder a regularização do acesso – Não atendimento que ensejou o bloqueio do acesso – Incontestável necessidade de regularização do acesso em atendimento às normas de segurança viária – Inexistência de ilegalidade do bloqueio realizado pela ré no acesso do imóvel – Autora, entretanto, que firmou acordo com a CETESB para promover a recuperação ambiental no imóvel – Bloqueio do acesso do imóvel que pode provocar danos ambientais – Sentença reformada, para determinar a efetiva regularização do acesso à propriedade da autora, às suas expensas, porquanto particular interessada na regularização do acesso existente, contudo, sem o fechamento físico do acesso, uma vez que isso pode impedir o acesso à propriedade e o cumprimento das obrigações ambientais pactuadas – Sucumbência reciproca – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 1857/1865) interposta pela **Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A** em ação de obrigação de não fazer ajuizada por **Usina Paulista Queluz de Energia S/A**., em face da r. sentença (fls. 1847/1854) que julgou procedente os pedidos para condenar a ré a se abster de bloquear o acesso situado à margem da Rodovia Presidente Dutra no km 15+550 Sul, Município de Lavrinhas/SP, sem que seja fornecido acesso alternativo, bem como a promover a regularização do acesso nos termos da legislação em vigor. Por fim, em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10 % (dez por cento) sobre o valor da causa.

A **Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A** pretende a reforma da r. sentença, alegando que: **(a)** a recorrida foi notificada acerca da irregularidade do acesso em 19/11/2019, e o efetivo fechamento ocorreu apenas em 20/08/2020 e, portanto, teve prazo mais que suficiente para a adoção das medidas necessárias para evitar o fechamento; **(b)** a responsabilização da apelada

Acesso ao Sumário

quanto à adequação do acesso (ou implantação de outro novo) é medida que se impõe, porquanto se trata de obra de interesse exclusivamente particular, não existindo fundamento para se exigir da recorrente o custeio de obra que não atenderá ao interesse da coletividade.

O recurso foi processado e contrariado (fls. 1884/1903), os autos subiram por prevenção a esta C. 1ª Câmara de Direito Público, em virtude do anterior julgamento do AI nº 2167076-83.2021.8.26.0000.

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Trata-se de demanda na qual se alega que Concessionária de Rodovia Federal fechou o único acesso à propriedade da apelada, na qual executa obrigações de recuperação ambiental.

Em que pese o entendimento contrário, a r. sentença merece parcial reforma.

Com efeito, a causa de pedir fática é limitada à conduta da ré, a Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A, que bloqueou o acesso da rodovia à propriedade da apelada, a qual afirma que este acesso esteve aberto há pelo menos treze anos e que a conduta da demandada é ilegal.

Pois bem, verifica-se que, no âmbito administrativo, a ré comprovou que a autora não atende aos requisitos para manutenção do acesso à sua propriedade, dentre os quais autorização da ANTT ou eventual processo de regularização perante tal autarquia.

Outrossim, infere-se que a apelada foi notificada (fls. 257/258) para apresentar documentação de que foi autorizada a implantar acesso na faixa de domínio da Rodovia Presidente Dutra, no prazo de 60 dias e, na hipótese de não possuir a correlata autorização, para proceder a regularização do acesso, no mesmo prazo, com a expressa descrição que a responsabilidade pela regularização, conservação e manutenção do acesso fica a cargo exclusivo da interessada. Todavia, não houve atendimento à notificação.

Por outro lado, não se comprova que o acesso à propriedade da autora seja único e, portanto, que, caso fechado pela ré, o imóvel fica encravado. E também não comprovado existir outro acesso alternativo.

Acesso ao Sumário

De toda forma, ainda que o imóvel fique encravado, a necessidade de adequação do local com o escopo de se garantir a segurança viária em rodovia bastante movimentada, não tem o condão de se sobrepor ao direito de propriedade, uma vez que não se está diante de uma imposição definitiva do encravamento do imóvel, nem tampouco de vedação de acesso à rodovia, na medida em que se impõe apenas a regularização do acesso em atendimento às normas de segurança viária.

Dessa forma, não há que se falar em ilegalidade do bloqueio realizado pela ré no acesso do imóvel da autora, porquanto resultado da inércia da proprie-

tária autora em promover a sua devida regularização.

De outro turno, não se pode desconsiderar que a autora, para implantação da Pequena Central Hidrelétrica, comprometeu-se com a CETESB (fls. 56 e segs) a promover a recuperação ambiental de área correspondente a 694,82ha, e que o imóvel, que teve o acesso fechado, foi adquirido com o fim específico de recuperação ambiental, observando-se que suas equipes precisam acessar as propriedades em que se desenvolvem os programas de recuperação ambiental. Logo, se fechado o acesso à sua propriedade, pode haver prejuízos ambientais, diante da impossibilidade da autora promover a recuperação ambiental da área.

Nesse sentido, é o acórdão da relatoria da eminente **Desembargadora Flora Maria Nesi Tossi Silva**, na Apelação nº10000301-86.2021.8.26.0488, j. 14/12/2022 pela 13ª Câmara de Direito Público, com a seguinte ementa e passagem:

> *"Ademais, a empresa autora é Produtora Independente de Energia Elétrica, mediante a exploração de potencial hidráulico, caracterizado como Pequena Central Hidrelétrica e que para explorar sua atividade, firmou acordo de licença ambiental de instalação com a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo CETESB, com Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental junto ao Governo do Estado de São Paulo (fls. 57/60).*
>
> *Assim, o fechamento do único acesso da autora ao imóvel pode vir a acarretar prejuízos de ordem ambiental na referida área, considerando a impossibilidade de acesso ao local, para o cumprimento das exigências técnicas de recuperação florestal firmado em compromisso junto à CETESB.*
>
> *(...)*
>
> *Pondera-se, ainda, que não consta dos autos registro de acidente no local em virtude das irregularidades apontadas. Com isso não se pretende exaltar a falta de regularização. Todavia, o reconhecimento do dever de proceder à regularização do acesso à rodovia, no meu entender, já se mostra suficiente à proteção do direito discutido.*
>
> *Em suma, a medida drástica consistente no fechamento do acesso à rodovia não se amolda à solução do caso em apreço, pois será mais gravosa do que o perigo que se busca impedir por meio dela (evitar possíveis danos decorrentes da irregularidade do acesso à rodovia).*
>
> *Assim, fica determinado que a autora deverá regularizar, às suas expensas, o acesso à rodovia administrada pela ora apelante, coma realização de estudo técnico que atenda aos requisitos de segurança estabelecidos pelo DNIT, com a implantação de faixas de aceleração e desaceleração adequadas, entre outros itens indispensáveis à segurança do trânsito, tal como exigido administrativamente pela ora apelante".*

Dessa forma, diante da incontestada irregularidade do acesso ao imóvel da autora, bem como do risco coletivo aos usuários da rodovia, de rigor o parcial provimento do recurso, para, em reforma parcial da r. sentença, determinar a

Acesso ao Sumário

efetiva regularização do acesso à propriedade da autora, às suas expensas, porquanto particular interessada na regularização do acesso existente; no entanto, sem o fechamento físico do acesso, uma vez que isso pode impedir o acesso à propriedade e o cumprimento das obrigações ambientais pactuadas.

Em razão da reforma parcial da r. sentença, e considerada a sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das despesas processuais, bem como honorários do advogado da parte contrária, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

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 Fische**r, j. 18/04/2006), mas, mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento do direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Pelo exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, para, em reforma da r. sentença, julgar parcialmente procedente a demanda, nos termos supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004704-75.2019.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que são apelantes ENGENHARIA COSTA HIROTA LTDA., MUNICÍPIO DE JACAREÍ e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados THELMO BONANNO CRUZ, SONIA MARIA BONANNO CRUZ e SERGIO BONANNO CRUZ.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos de apelação e adesivo. V.U. Sustentaram os Drs. Roberto Marques das Neves, OAB: 110037/SP e o Douto Procurador de Justiça Dr. Luís Fernando de Moraes Manzano.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.371)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente sem voto), CAMARGO PEREIRA e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 12 de dezembro de 2023.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Apelação – Ação civil pública – Improbidade administrativa – Cumprimento de Sentença – Quantificação do dano ao erário a ser ressarcido – Ins-

Acesso ao Sumário

tauração da fase de liquidação de sentença, pois há determinação expressa no V. Acórdão acerca da necessidade de quantificar o dano ao erário – No entanto, honorários advocatícios que não são devidos pelo Ministério Público no que se refere à extinção principal – Regra contida no artigo 18 da Lei nº 7.347/1985 (e repetida no artigo 23-B, §2º, da Lei de Improbidade Administrativa) – Ausência da demonstração de má-fé na propositura – Sentença mantida.
Recursos de apelação e adesivo não providos.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MUNICÍPIO DE JACAREÍ em face da r. sentença pela Juíza Rosângela de Cássia Pires Monteiro às fls. 313/316, e integrada às fls. 336/337 que acolheu a impugnação à execução apresentada no âmbito do cumprimento de sentença condenatória, proferida nos autos da ação de improbidade administrativa 0384816-27.2009.8.26.0000, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Em suas razões recursais (fls. 348/360), o Apelante pugna pela rejeição da impugnação ofertada pela apelada, pela ausência de planilha de cálculo, na medida em que as operações e valores apurados dependiam de conversão de moeda e correção monetária. Argumenta que os contratos nos quais a Municipalidade se pautou eram hábeis a proporcionar comparativo de custos e estrutura física adotada em relação à coleta de lixo nos anos de 1990, com correta quantificação do valor do dano.

Contrarrazões apresentadas pela empresa Engenharia Costa Hirota Ltda. às fls. 375/406, sustentando, em síntese, equívoco na tese da Municipalidade de que meros cálculos seriam suficientes para o prosseguimento do cumprimento de sentença, já que não foram juntados aos autos contratos comparativos conforme determinado pelo Acórdão.

Recurso adesivo apresentado pela Recorrida pugnando pela reforma parcial da sentença para que o Município de Jacareí e o Ministério Público sejam condenados a arcar com o pagamento de honorários advocatícios (fls. 407/413).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 451).

É o relatório.

Infere-se dos autos que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública em face de Thelmo de Almeida Cruz e Engenharia Costa & Hirota Ltda., objetivando a anulação dos contratos e atos que culminaram na contratação da ré, pelo ex-prefeito Thelmo, colocando-os como incursos nas sanções previstas na lei nº 8.429/92. Nessa linha, sustentou o *Parquet* a tese de que houve irregular revogação da Concorrência nº 004/93.

Acesso ao Sumário

A sentença (fls. 2460/2479 do principal) julgou parcialmente procedente o pedido, para o fim de anular os efeitos do aditamento ao contrato nº 11/93, bem como os convites nsº 849/93 e 850/93 e os contratos deles decorrentes nsº 02/93 e 03/93, todos celebrados entre o Município de Jacareí e Engenharia Costa & Hirota Ltda.; condenar os réus a ressarcir o prejuízo ao erário, proibindo-os de contratar 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 majoritário, pelo prazo de cinco anos; e, por fim, suspender por 5 anos os direitos políticos de Thelmo de Almeida Cruz.

Em sede de apelação, todavia, esta C. 3ª Câmara entendeu que "o *ressarcimento ao erário nos moldes fixados pela r. sentença ensejará indevido enriquecimento sem causa da Administração Pública, o que não se pode admitir, haja vista que serviços foram efetivamente prestados. A lei de improbidade é induvidosa ao estabelecer que o ressarcimento ao erário apenas se verificará na hipótese de dano efetivo. "In casu", há um dano que deve ser quantificado em números absolutos, quando da liquidação. Assim, deve-se apurar a diferença entre os contratos ora anulados e os contratos lavrados anteriormente, com similaridade de objeto, tudo devidamente atualizado pela Tabela do Tribunal de Justiça, a fim de se concluir qual o "quantum" devido a título de ressarcimento, assim como o proveito econômico da emergência criad*a.", tendo o acórdão transitado em julgado com a seguinte ementa:

> "Apelação cível – Ação de improbidade administrativa – Preliminares afastadas – Licitação – Emergência criada – Prorrogação de contratos emergenciais firmados com a administração pública – Licitação revogada sob o pretexto de adaptar o edital às novas diretrizes legais – Ato de improbidade administrativa caracterizado – Ressarcimento condicionado a real verificação de dano – Sentença parcialmente reformada – Recursos parcialmente providos."

De fato, conforme pode-se constatar que não trouxe o Município de Jacareí argumentos e elementos aptos a alterar a conclusão perfilhada pela d. Magistrada "a quo", haja vista que a condenação objeto do cumprimento de sentença não se baseia em valor previamente delimitado, de modo que foi determinada a sua liquidação, nos termos delineados no v. Acórdão, a fim de se apurar o real valor do dano causado ao Erário.

Com base nos documentos acostados a estes autos, bem como do exame daqueles acostados aos autos de primeira instância, notadamente o quanto assentado no V. Acórdão de fls. 2727/2740 (recurso de apelação no 0384816-27.2009.8.26.0000), restou firmada a condenação do réu Engenharia Costa Hirota Ltda. ao ressarcimento do dano causado ao Erário, a ser estimado em liquidação de sentença.

É nesta fase, pois, que serão traçados os contornos da condenação e, ao final, atribuída eficácia executiva à sentença, porquanto identificados aspectos

específicos antes não delimitados na sentença, tal como a comparação dos preços contratados pela Municipalidade com os preços médios de mercado praticados à época da contratação.

Já quanto ao pedido referente à condenação da Municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios decorrentes da extinção do cumprimento de sentença quanto ao objeto principal, trata-se de se observar o artigo 18 da Lei nº 7.347/1985:

> Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

Diante de tal texto, torna-se explícito que apenas caso comprovada a existência de má-fé seria possível atribuir à autora da ação, ainda que em cumprimento de sentença, o dever de arcar com honorários advocatícios, custas e despesas processuais (regra esta também constante do artigo 23-B, § 2º, da Lei de Improbidade Administrativa). E pela análise dos autos não se vislumbram elementos bastantes a que se alcance tal conclusão: ainda que tenha o Ministério Público proposto a execução sem a adequada liquidação precedente, não é possível afirmar que o tenha feito com a intenção deliberada de se furtar dessa necessidade.

Ademais, com a propositura de novo expediente, para apuração do valor, haverá ao Agravante nova oportunidade de se sagrar vencedor no que se refere ao valor concreto da obrigação de pagar estabelecida, bem como os honorários advocatícios dela decorrentes.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 08.05.2006, p. 24).

Anote-se que eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, nos termos da Resolução n.º 549/2011.

Em face do exposto, nega-se provimento aos recursos de apelação e adesivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1004527-37.2016.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que são apelantes ALPHA OLÍMPIA CONSULTORIA E SERVIÇOS LTDA., SILVIA MARLENE COSTA ALVARES, JOSÉ ALVARES FERREIRA, J.ÁLVAREZ FERREIRA E ÁLVAREZ LTDA, ANDRÉ LUIS DA SILVA SANTANA, ANDRÉ LUIS DA

Acesso ao Sumário

SILVA SANTANA – ME, ROSILEI BENEDITA QUEIROZ MONTINI, MARIO FRANCISCO MONTINI, RAFAEL GALIASO DE ALMEIDA, MARLENE APARECIDA GALIASO, GERENCIAL ASSESSORIA TECNICA ESPECIALIZADA e JOSÉ ROBERTO MARTINS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso interposto por Alvares Ferreira, Sílvia Marlene Costa Alvares e J. Alvares Ferreira & Alvares Ltda. (Mil Consultoria) e deram provimento aos recursos dos demais litisconsortes, com observação, para julgar improcedente a ação, V.U. (Sustentaram oralmente o Dr. Marco Antonio Candido, OAB-SP nº 243.685 e o Dr. Rafael Cezar dos Santos)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.577)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AFONSO FARO JR.

São Paulo, 19 de dezembro de 2023.
JARBAS GOMES, Relator

Ementa: PREPARO. Apelação. Deserção reconhecida, uma vez que, embora regularmente intimados, os corréus não se dispuseram a recolher a taxa judiciária no prazo assinalado, após a denegação do favor legal. Inteligência do §2º do artigo 101 e artigo 1.007, *caput*, ambos do Código de Processo Civil. Exame da jurisprudência.
RECURSO NÃO CONHECIDO.
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Prejuízo ao Erário e Violação aos Princípios da Administração. Hipótese em que, não comprovado o envolvimento de agentes públicos na fraude licitatória para a escolha da empresa organizadora de certames públicos para o provimento de cargos nem no favorecimento espúrio de candidatos, não é possível sancionar a conduta dos particulares sob o foco da Lei nº 8.429/1992. Exame da doutrina e da jurisprudência. Ação improcedente. RECURSOS PROVIDOS COM OBSERVAÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação civil pública, fundada em ato de improbidade administrativa, proposta pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAU-*

LO, em face de *JOSÉ ROBERTO MARTINS, OLENIR FRESCHI FERREIRA, ADALBERTO JÚNIOR DOS SANTOS, PAULO ROBERTO VIÇOTI, PERSONA CAPACITAÇÃO, ASSESSORIA E CONSULTORIA - EIRELI, MARTA SILENE ZUIM COLASSIOL, MÔNICA APARECIDA BERTÃO DOS SANTOS, GERENCIAL ASSESSORIA TÉCNICA ESPECIALIZADA LTDA., MARLENE APARECIDA GALIASO, RAFAEL GALIASO DE ALMEIDA, ALPHA OLÍMPIA CONSULTORIA E SERVIÇOS LTDA., MÁRIO FRANCISCO MONTINI, ROSILEI BENEDITA QUEIROZ MONTINI, AS CONSULTORIA, ASSESSORIA E CAPACITAÇÃO, ANDRÉ LUÍS DA SILVA SANTANA, J. ALVARES FERREIRA & ALVARES LTDA., JOSÉ ALVARES FERREIRA e SILVIA MARLENE COSTA ALVARES.*

Julgada parcialmente procedente a lide, nos termos da r. sentença de fls. 3438-3450, integrada às fls. 3462 e 3511-3512, insurgiram-se:

- José Alvares Ferreira, Sílvia Marlene Costa Alvares e J. Alvares Ferreira & Alvares Ltda. (Mil Consultoria) sustentando: a) preliminarmente, ilegitimidade *ad causam* da corré Sílvia Marlene, vez que, além de ter se retirado da sociedade, não deteria poderes de gestão; b) não configuração de ato ímprobo, porquanto inexistiria vedação legal a consultas de preços a outras empresas do mesmo segmento com vistas à participação em procedimento licitatório, não se podendo presumir que tal conduta houvesse frustrado a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração; c) ausência de prova relativamente a: conluio entre as licitantes, prática de preços superiores ao de mercado, superação do valor autorizado em lei para a adoção da modalidade de carta convite, dano ao erário, violação aos princípios da Administração e direcionamento à empresa vencedora; d) regularidade da documentação fornecida à comissão de licitação; e) afronta aos critérios de proporcionalidade e licitatória na imposição das sanções (fls. 3519-3549);

- André Luís da Silva Santana e André Luís da Silva Santana - ME (AS Consultoria, Assessoria e Capacitação) alegando: a) preliminarmente, reunião das condições à concessão de gratuidade; b) ausência de provas quanto à sua participação nos eventos relativos ao Município de Pedranópolis descritos na inicial ou quanto a eventual ligação ou contato com as demais corrés, sendo que nem mesmo integrariam o rol dos investigados; c) inexistência de indícios de que os impressos que lhes foram atribuídos tenham sido, de fato, por eles confeccionados; d) indevida utilização de seus nomes por terceiros em hipótese envolvendo o Município de Valentim Gentil conforme demonstrado por meio de perícia grafotécnica, de modo que não seria possível aferir a verdadeira procedência do orçamento juntado aos autos; e) dano ao erário e enriquecimento ilícito não caracterizados, pois, além de o serviço ter sido prestado pela empresa Persona, não haveria prova de superfaturamento (fls. 3550-3561);

- Gerencial Assessoria Técnica Especializada, Marlene Aparecida Ga-

Acesso ao Sumário

liaso e Rafael Galiaso de Almeida aduzindo: a) preliminarmente, reunião das condições à concessão de gratuidade, visto que a empresa Gerencial não se encontraria em atividade; cerceamento de defesa, por ter sido negada a produção de prova oral; e ilegitimidade *ad causam* de Marlene e Rafael, dado que estes não se confundiriam com a pessoa jurídica da qual são sócios; b) caracterização do orçamento preliminar como simples cotação, mera estimativa de preços, desprovida de formalidade e que seria prevista no artigo 15, inciso V, da Lei nº 8.666/1992; c) não configuração de fraude licitatória, inexistente prova de que a proposta apresentada teria advindo de prévio ajuste entre as licitantes; d) ausência de dano ao erário e de enriquecimento ilícito, tendo sido executados os serviços contratados; e) não individualização das condutas a implicar a inépcia da inicial (fls. 3574-3594).

- José Roberto Martins afirmando: a) preliminarmente, reunião das condições à concessão de gratuidade; e cerceamento de defesa, ante o julgamento antecipado da lide; b) não configuração de conduta ímproba, não se podendo imputar-lhe responsabilidade de natureza objetiva fundada no fato de ser Chefe do Executivo à época; c) regularidade de sua conduta com a prática de praticado atos inerentes à sua condição, sem interferir na dinâmica do procedimento licitatório que teria ficado a cargo de setores técnicos; d) desconhecimento dos eventos espúrios levados a termo por terceiros estranhos à Administração; e) ausência do dolo caracterizador da improbidade, certo que o alerta da promotoria quanto ao possível conluio entre as licitantes veio dois meses após a última prova do certame e ainda sem que tivesse sido demonstrada a alegada fraude, não se justificando, naquele momento, a exoneração dos aprovados; f) impossibilidade da imputação cumulativa e genérica que resultou tratamento indistinto dos réus; g) desrespeito aos critérios de proporcionalidade e de razoabilidade no sancionamento (fls. 3595-3635);

- Alpha Olímpia Consultoria e Serviços Ltda., Mário Francisco Montini e Rosilei Benedita Queiroz Montini defendendo: a) preliminarmente: cerceamento de defesa, ante o julgamento antecipado da lide; nulidade da sentença, face à subsistência de omissão e contradição, que não teriam sido aclaradas na ocasião oportuna; b) impossibilidade de aplicação das sanções em duplicidade; c) afronta aos artigos 5º, 10, 12, inciso II, e 21, inciso I, da Lei nº 8.429/1992, não tendo sido comprovado dano ao erário nem enriquecimento ilícito, ausente incompatibilidade entre o valor objeto da contratação e os preços de mercado; d) prestação integral dos serviços e aproveitamento do resultado do certame; e) ausência de dolo; f) inexistência de prova de conluio no caso concreto; g) desrespeito aos critérios de proporcionalidade e de razoabilidade no sancionamento (fls. 3636-3676)

Recursos respondidos (fls. 3682-3697).

Neste grau de jurisdição, sobrevieram:

Acesso ao Sumário

- oposição ao julgamento do feito em ambiente virtual (fl. 3785; 3818-3820; 3828-3832; 3842);

- pedido de antecipação de tutela recursal formulado por Alpha Olímpia Consultoria e Serviços Ltda., Mário Francisco Montini e Rosilei Benedita Queiroz Montini (fls. 3788-3792), indeferido pela decisão de fls. 3793-3793. Houve pedido de reconsideração (fls. 3811-3816), negado às fls. 3825-3826;

- novo pedido de antecipação da tutela recursal deduzido por Apha Olímpia e outros (fls. 3828-3832), indeferido às fls. 3833-3837;

- parecer da D. Procuradoria de Justiça pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento dos recursos (fls. 3847-3862);

- determinação dirigida aos requerentes da gratuidade para comprovação do alegado estado de miserabilidade jurídica (fls. 3864-3868);

- apresentação por Gerencial Assessoria Técnica Especializada de documentos que demonstrariam a carência de recursos financeiros (fls. 3871-3893);

- pedido de levantamento de bloqueio de valores e de veículo articulado por Alpha Olímpia e outros (fls. 39913-3916);

- apresentação por José Alvares Ferreira, Silvia Marlene Costa Alvares e J. Alvares Ferreira & Alvares Ltda. (Mil Consultoria) de documentos que demonstrariam a carência de recursos financeiros (fls. 3920-4906);

- recolhimento do preparo por José Roberto Martins (fl. 4909);

- suspensão do processo requerida pelo Município de Pedranópolis para o empreendimento de tratativas de acordo (fls. 4914-4915);

- apresentação por André Luís da Silva Santana e André Luís da Silva Santana - ME de documentos que demonstrariam a carência de recursos financeiros (fls. 4923-4990);

- decisão de fls. 4992-4997, por meio da qual foi concedida gratuidade a Gerencial Assessoria e a André Luís da Silva Santana e André Luís da Silva Santana - ME, negando-a a José Alvares Ferreira, Sílvia Marlene Costa Alvares e J. Alvares Ferreira & Alvares Ltda. (Mil Consultoria); foi indeferido o pedido de liberação de valores e de veículo formulado por Alpha Olímpia e outros; e foram as partes intimadas a manifestarem-se sobre o pedido de suspensão do processo para eventual conciliação;

- pedido de reconsideração quanto à negativa de concessão de gratuidade a José Alvares Ferreira, Sílvia Marlene Costa Alvares e J. Alvares Ferreira & Alvares Ltda. (Mil Consultoria) (fls. 4999-5001), indeferido às fls. 5013-5014;

- manifestação das partes sobre a tentativa de conciliação (fls. 5016; 5020; 5022; 5024; 5029-5035);

- determinação de suspensão do processo por 60 dias para aquela finalidade (fls. 5037-5038);

- decisão de fls. 5179-5181, por meio da qual foram indeferidos os pedidos de afastamento da eventual homologação de acordo de não persecução

Acesso ao Sumário

cível não fosse homologado e de ingresso no feito, formulados por Agostinho Antonio Pagotto, e de decretação de sigilo processual, deduzido pelo Município de Pedranópolis;

- decisão de fls. 5333-5335, por meio da qual foram indeferidos os pedidos de ingresso na lide de vários servidores e de substituição do procurador municipal, formulado por ele próprio, Fábio Antonio Pizzolitto; e foi determinada manifestação das partes sobre a proposta de acordo;

- petições do autor e do corréu José Roberto Martins expressando o desinteresse (fls. 5539-5340; 5343-5346);

- indeferimento do pedido do Município de nova suspensão do processo para a consecução de audiência conciliatória (fls. 5352-5354; 5386-5387);

- notícia do falecimento do corréu Mário Francisco Montini (fls. 5390-5391);

- determinação de suspensão do processo para a habilitação dos sucessores (fls. 5399-5401);

- decisão de fls. 5550-5502, por meio da qual foi determinado o desentranhamento da petição subscrita por Crystiane Menezes Pagotto, estranha ao processo e atuando em causa própria; e foi indeferido o pedido de levantamento de bloqueio de ativos financeiros deduzido por Adalberto Júnior dos Santos e Paulo Roberto Viçoti;

- indeferimento do pedido de suspensão do processo para exame dos autos, articulado pelo novo procurador municipal (fls. 5525-5526);

- deferimento do pedido de intimação pessoal de Rosilei Montini para a prestação de informações necessárias à citação dos sucessores de Mário Montini (fl. 5536);

- indeferimento do pedido de levantamento de bloqueio de bens, deduzido por Adalberto Júnior dos Santos (fls. 5621-5622; 5629-5630);

- manifestação da D. Procuradoria de Justiça (fls. 5869-5898);

- pedido de nova suspensão do processo para citação dos sucessores de Mário Montini formulado pelo autor (fls. 6545-6546), indeferido pela decisão de fls. 6560);

- interposição de embargos declaratórios pelo Município, rejeitados por decisão monocrática, como autoriza o artigo no artigo 1.024, § 2º, do Código de Processo Civil, e que foi combatida por agravo interno que foi desprovido (cf. processo nº 1004527-37.2016.8.26.0189/50000 – 50001 – apenso);

- certificação do trânsito em julgado do acórdão proferido no agravo interno.

Anotem-se, ainda:

- impetração de dois mandados de segurança originários (processos nº 2016989-52.2020.8.26.0000 e nº 2016995-59.2020.8.26.0000), por Fábio Antonio Pizzolitto, na condição de aprovado para o cargo de procurador municipal

Acesso ao Sumário

e atuante no feito, e pela Fazenda Pública do Município de Pedranópolis, ambos subscritos pelo primeiro, visando à "*expedição de certidão de trânsito em julgado em relação aos Servidores nomeados e empossados nos cargos, para garantia de direitos e manutenção da regularidade atos administrativos*";

- interposição de agravos internos contra o indeferimento das iniciais das ações mandamentais, que foram desprovidos (cf. fls. 5404-5426).

É o relatório.

I. Segundo a inicial, em 2014, o Município de Pedranópolis teria promovido licitação, na modalidade carta convite, menor preço por item, destinado à contratação de empresa para a realização de concurso público (Convite nº 4/2014; Processo nº 34/2014) (fls. 638-640).

Foram solicitados, previamente à instalação do certame licitatório, orçamentos às empresas Alpha Olímpia, Gerencial e Persona (fls. 642-647).

Feita a cotação e concluído o procedimento do convite, apresentaram propostas, além das referidas pessoas jurídicas, as empresas Mil Consultoria e à AS Assessoria (fls. 648-792); todas foram consideradas habilitadas (fl. 792).

Após a abertura dos envelopes (fls. 794-807), o objeto da licitação foi adjudicado à empresa Persona (fl. 808-819).

O contrato foi, por fim, assinado em **2.9.2014** (fls. 820-826).

De acordo com o autor, investigações realizadas em conjunto com a Polícia Civil (Operação Q.I.) teriam detectado que Marlene, titular da Gerencial, teria empreendido fraudes em concursos públicos em diversos municípios da região de Ribeirão Preto e de São José do Rio Preto.

A burla ocorreria mediante o ajuste entre as empresas licitantes para a escolha da vencedora, consolidando-se com a substituição de gabaritos e provas e alteração de notas e da classificação final para o favorecimento de determinados candidatos, contando eventualmente com a colaboração de agentes públicos.

No caso concreto, o autor afirma que:

> ***"Logicamente, os requeridos OLENIR FRESCHI FERREIRA, ADALBERTO JÚNIOR DOS SANTOS e PAULO ROBERTO VIÇOTI, funcionários públicos municipais e membros da Comissão Permanente de Licitações, tinham pleno conhecimento das ilegalidades perpetras pelas requeridas MARLENE APARECIDA GALIASO, MARTA SILENE ZUIM COLASSIOL, MONICA APARECIDA BERTÃO DOS SANTOS, "PERSONA CAPACITAÇÃO, ASSESSORIA E CONSULTORIA EIRELI" e "GERENCIAL ASSESSORIA TÉCNICA ESPECIALIZADA LTDA.", pois foram os servidores responsáveis por solicitarem previamente cotações de preços das empresas requeridas, bem como foram os responsáveis pela escolha das empresas convidadas a participarem da licitação/carta convite nº 04/2014.***
>
> ***Conforme se depreende do conteúdo das mensagens telemáticas interceptadas (fls. 31/32 dos autos em apenso ao volume 1), bem como pelo teor do depoimento prestado pela testemunha Lua-***

Acesso ao Sumário

na Gasques Boni, certamente os requeridos OLENIR FRESCHI FERREIRA, ADALBERTO JÚNIOR DOS SANTOS e PAULO ROBERTO VIÇOTI sabiam do esquema fraudulento perpetrado pelos demais requeridos, notadamente porque enviaram solicitações de cotações prévias de preços e convidaram exatamente as empresas requeridas, as quais integravam a organização criminosa desmantelada pelas investigações do GAECO e da Polícia Civil de Ribeirão Preto, notadamente porque enviaram solicitações de cotações prévias de preços e convidaram exatamente as empresas requeridas, as quais integravam a organização criminosa desmantelada pelas investigações do GAECO e da Polícia Civil de Ribeirão Preto.

Afora isso, a própria testemunha Luana informou que, a mando das requeridas MARTA e MÔNICA, enviou e-mails para a requerida MARLENE informado-a que receberia um convite da Prefeitura Municipal de Pedranópolis para fornecer orçamento prévio, bem como para participar da licitação/carta convite nº 04/2014, e que era para a mesma, representando sua empresa requerida "GERENCIAL ASSESSORIA TÉCNICA ESPECIALIZADA LTDA.", ofertar o valor de R$ 32.580,00 (trinta e dois mil e quinhentos e oitenta Reais) a título de orçamento inicial.

Como já era de se esperar, e empresa requerida "GERENCIAL ASSESSORIA TÉCNICA ESPECIALIZADA LTDA." efetivamente recebeu a solicitação de cotação prévia de preço da Comissão Permanente de Licitações da Prefeitura Municipal de Pedranópolis para a organização e elaboração do concurso público nº 01/2015 (fls. 567), tendo referida empresa apresentado o valor exato de R$ 32.580,00 (trinta e dois mil e quinhentos e oitenta Reais), conforme já havia previamente ajustado com as requeridas MARTA, MÔNICA e MARLENE (fls. 571).

Ora Excelência, é evidente que as requeridas MARTA SILENE ZUIM COLASSIOL e MONICA APARECIDA BERTÃO DOS SANTOS, representantes da empresa requerida "PERSONA CAPACITAÇÃO, ASSESSORIA E CONSULTORIA EIRELI", mantiveram contato com os requeridos OLENIR FRESCHI FERREIRA, ADALBERTO JÚNIOR DOS SANTOS e PAULO ROBERTO VIÇOTI, bem como com o Prefeito Municipal de Pedranópolis e requerido JOSÉ ROBERTO MARTINS, antes da deflagração do processo licitatório/carta convite nº 04/2014.

Diante das provas produzidas, indubitável que houve prévio ajuste entre os requeridos mencionados no parágrafo anterior para fraudar a licitação/carta convite nº 04/2014 e o concurso público nº 01/2015, com vistas a favorecer a empresa requerida "PERSONA CAPACITAÇÃO, ASSESSORIA E CONSULTORIA EIRELI", como de fato ocorrera.

Caso contrário, como explicar a troca de e-mails mencionada

Acesso ao Sumário

pela testemunha Luana, objeto, inclusive, de interceptação telemática ***(documentos inclusos no apenso anexo ao volume 1), antes mesmo do início da fase prévia que antecedeu o processo licitatório/carta convite nº 04/2014?***

No caso da licitação/carta convite nº 04/2014 da Prefeitura Municipal de Pedranópolis, as requeridas MARTA SILENE ZUIM COLASSIOL e MONICA APARECIDA BERTÃO DOS SANTOS, representantes da empresa requerida "PERSONA CAPACITAÇÃO, ASSESSORIA E CONSULTORIA EIRELI", ao tomarem prévio conhecimento da futura realização do referido certame, indubitavelmente através de contatos estreitos mantidos com os requeridos OLENIR FRESCHI FERREIRA, ADALBERTO JÚNIOR DOS SANTOS e PAULO ROBERTO VIÇOTI, bem como com o Prefeito Municipal de Pedranópolis e requerido JOSÉ ROBERTO MARTINS, providenciaram toda a manobra fraudulenta com as demais empresas requeridas e seus representantes legais, também requeridos nesta ação, principalmente com MARLENE APARECIDA GALIASO, com vistas a sagrar-se vencedora na dita licitação" (grifamos) (fls. 12-14).

Pondera, ainda, que "*não há que argumentar desconhecimento das ilegalidades constatadas por parte do requerido JOSÉ ROBERTO MARTINS, bem como por parte dos membros da Comissão Permanente de Licitações e requeridos OLENIR FRESCHI FERREIRA, ADALBERTO JÚNIOR DOS SANTOS e PAULO ROBERTO VIÇOTI, haja vista que a municipalidade de Pedranópolis foi devida e previamente cientificada acerca de tais ilegalidades através da recomendação administrativa expedida pelo Ministério Público, a qual não fora atendida*" (fl. 19) (grifamos) (cf. ainda: fls. 1000-1006; 1163-1169).

A dar respaldo à sua tese, o autor acostou posteriormente sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto que condenou, entre outros, Marlene e os demais titulares das corrés, por delitos de mesma natureza cometidos nos Municípios de Dobrada, Indiaporã, Mineiros do Tietê, Pitangueiras, Turmalina, Mendonça, Vista Alegre do Alto, São João das Duas Pontes, Viradouro, Restinga, Sertãozinho, Álvares Florence, Aparecida D'Oeste, Ibirá, Marinópolis, Mirassol, Suzanópolis, Votuporanga, Vitória Brasil, Américo de Campos, Bady Bassit, Cajobi, Castilho, Dirce, Estrela D'Oeste, Floreal, Guarani, Guariba, Guzolândia, Magda, Mirassolândia, Nova Canaã Paulista, Ouroeste, Palmeira D'Oeste, **Pedranópolis**, Piracicaba, Pontalinda, Promissão, Santa Fé do Sul, São Francisco, Tabatinga e Barretos, todos praticados por meio de organização criminosa (ação penal nº 0015960-11.2015.8.26.0506 - fls. 2716-2958).

Referida sentença, anote-se, foi mantida em sua essência, exceto pelo provimento do recurso ministerial, pela C. 4ª Câmara de Direito Criminal, nos termos do voto condutor elaborado pelo I. Des. Euvaldo Chaib.

Assim, o pedido formulado na presente lide foi acolhido em parte para "*RECONHECER a prática de atos de improbidade administrativa por parte do*

Acesso ao Sumário

requeridos JOSÉ ROBERTO MARTINS, MARTA SILENE ZUIM COLASSIOL, MÔNICA APARECIDA BERTÃO DOS SANTOS, MARLENE APARECIDA GALIASO, RAFAEL GALIASO DE ALMEIDA, MÁRIO FRANCISCO MONTINI, ROSILEI BENEDITA QUEIROZ MONTINI, ANDRÉ LUIS DA SILVA SANTANA, JOSÉ ALVARES FERREIRA, SILVIA MARLENE COSTA ALVARES, PERSONA CAPACITAÇÃO, ASSESSORIA E CONSULTORIA EIRELI, GERENCIAL ASSESSORIA TÉCNICA ESPECIALIZADA LTDA., AS CONSULTORIA, ASSESSORIA E CAPACITAÇÃO, J. ALVARES FERREIRA & ALVARES LTDA. e ALPHA OLÍMPIA CONSULTORIA E SERVIÇOS LTDA., reputando-os como incursos nos art. 9º, caput; art. 10, caput, e incisos I, VIII, IX, XI e XII; e art. 11, caput, e incisos I, II e V, todos da Lei nº 8.429/92, sujeitando-os às penas esculpidas no artigo 12, II, da LIA, nos seguintes termos:

1) CONDENAR a requerida Persona Capacitação, Assessoria e Consultoria EIRELI à perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio particular.

2) CONDENAR, individualmente, os requeridos: a) perda da função pública que eventualmente exerça quando do trânsito em julgado; b) suspensão dos direitos políticos por dez anos; c) pagamento de multa civil de 3 (três) vezes o valor do dano; d) proibição de contratar 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 majoritário, pelo prazo de dez anos. O valor das multas deverá ser corrigido pela tabela do TJ/SP e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir desta data até o efetivo pagamento, em favor da pessoa jurídica prejudicada, qual seja, o Município de Pedranópolis/SP.

3) CONDENAR, solidariamente, os requeridos ao ressarcimento integral do dano causado ao erário de Pedranópolis, a ser apurado na fase de liquidação da sentença.

Por derradeiro, pelas razões já expostas, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido aduzido na inicial para o fim de: a) DECLARAR A NULIDADE do procedimento de licitação municipal de número 004/2014 e do concurso público municipal de número 001/2015, ambos do Município de Pedranópolis, bem como do contrato administrativo firmado entre a Prefeitura Municipal de Pedranópolis e a empresa ré Persona Capacitação, Assessoria e Consultoria EIRELI; b) DETERMINAR a imediata exoneração ou obstar a nomeação da servidora Ana Lúcia de Melo por ter participado da fraude causa da nulidade; e) AUTORIZAR, mediante juízo de proporcionalidade, que demais candidatos aprovados e nomeados permaneçam no exercício de suas funções e como reconhecimento de sua boa-fé durante o concurso anulado".

II. Em 27.6.2019, anteriormente, portanto, à edição da Lei nº 14.230/2021, José Alvares Ferreira, Sílvia Marlene Costa Alvares e J. Alvares Ferreira & Alvares Ltda. (Mil Consultoria) interpuseram apelação e pleitearam gratuidade processual.

Negada a benesse, foi-lhes determinado o recolhimento da taxa judiciária, em 05 (cinco) dias, nos termos do § 2º do artigo 101 c.c. 1.007, *caput*, ambos

Acesso ao Sumário

do Código de Processo Civil, sob pena de não conhecimento de sua insurgência por deserção.

Não o fizeram, entretanto, nem se interessaram em valer-se da via adequada para combater a decisão, o que resultou o descumprimento do pressuposto objetivo de admissibilidade recursal, o que inviabiliza a apreciação de seu apelo, de acordo com os dispositivos mencionados, *verbis*:

> Artigo 101. (...)
>
> ***§ 2º - Confirmada a denegação ou a revogação da gratuidade, o relator ou o órgão colegiado determinará ao recorrente o recolhimento das custas processuais, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso.***
>
> Artigo 1.007. ***No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.***

Essa é a linha de entendimento adotada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> ***A determinação prevista no § 4º do art. 1.007 do Código de Processo Civil de 2015 é um dever processual da parte. Assim, havendo a determinação, cabe à parte realizar o pagamento em dobro ou impugnar a determinação com o recurso próprio. A juntada de nova petição, sem o cumprimento da determinação de recolhimento em dobro diante da falha na comprovação do preparo, gera a preclusão para a realização do ato de comprovação.*** (grifamos)
>
> (AgInt no REsp nº 1.793.225/CE, 2ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. em 13.8.2019);
>
> ***Na égide do CPC/2015, não havendo a comprovação do recolhimento do preparo no ato da interposição do recurso, após intimado, o recorrente deverá realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção (art. 1004, caput e § 4º, do CPC). O CPC/2015 é expresso em afirmar que, caso o recolhimento não seja comprovado no momento de interposição do recurso, ele deve ser realizado em dobro, inexistindo qualquer incumbência do julgador em determinar expressamente os casos em que deve ser complementado, nos termos do art. 1.007, § 2º ou recolhido em dobro conforme preceitua o art. 1.007, § 4º, sendo dever da parte recorrente tal avaliação. Descumprindo a norma no sentido de comprovar o respectivo preparo no ato de interposição do recurso e não atendendo a determinação legal de, após intimado, efetuar o recolhimento em dobro, é de rigor que à parte recorrente seja imposta a pena de deserção do recurso.*** (grifamos)
>
> (AgInt no AgInt no REsp nº 1.718.692/RO, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 29.4.2019);
>
> ***A jurisprudência do STJ possui entendimento segundo o qual deve ser reconhecida a deserção do recurso especial se, após a intimação, nos termos do art. 1.007, § 4º, do CPC/15, a parte não com-***

Acesso ao Sumário

provar o pagamento ou não o efetuar em dobro. No presente caso, mesmo após a intimação da parte recorrente para que sanasse o vício apontado, não houve a comprovação da regularidade no recolhimento do preparo, o que impõe a incidência da Súmula 187 do STJ. Deserção do recurso especial reconhecida. (...) Não tendo a parte recorrente obtido o benefício de gratuidade de justiça nas instâncias de origem, tal pedido nas razões do agravo em recurso especial não é suficiente para afastar a deserção no caso, pois não houve o recolhimento do preparo no momento adequado, sendo certo que eventual concessão dos benefícios da gratuidade de justiça opera efeitos ex nunc, não podendo, dessa forma, retroagir à data da interposição do recurso especial.

(AgInt no AREsp nº 1.268.996/AM, 4ª T., rel. Min. Marco Buzzi, j. em 23.4.2019).

Seguem a mesma diretriz os julgados desta Corte Estadual:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Ausência de recolhimento de custas de preparo – Deserção – Inteligência do art. 101, § 2º, do CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO.

(Apelação nº 1000857-22.2018.8.26.0156, 11ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Afonso Faro Jr., j. em 16.7.2021);

APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Ausência do comprovante de recolhimento do preparo recursal – Determinação judicial para o recolhimento das custas – Inércia do Apelante que impõe o não conhecimento do recurso – Deserção – Recurso não conhecido.

(Apelação nº 1006539-53.2018.8.26.0189, 4ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Ana Liarte, j. em 27.6.2021);

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ausência de recolhimento do preparo. Gratuidade indeferida em sede recursal. Inexistência de questões a reconsiderar. Oportunidade de recolhimento do valor do preparo, nos termos do art. 99, § 7º, do NCPC. Decurso do prazo legal sem recolhimento. Deserção configurada. Recurso não conhecido.

(Apelação nº 1004271-16.2017.8.26.0624, 2ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Cláudio Augusto Pedrassi, j. em 2.3.2021).

Igualmente: Apelação nº 0003559-27.2012.8.26.0589, 13ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Spoladore Dominguez, j. em 15.9.2021; Apelação nº 1000027-61.2018.8.26.0607, 5ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Francisco Bianco, j. em 16.8.2021; Apelação nº 0004819-61.2009.8.26.0358, 3ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Paola Lorena, j. em 29.6.2021; Apelação nº 1000044-29.2017.8.26.0059, 4ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Osvaldo Magalhães, j. em 9.6.2021; Apelação nº 0003706-48.2015.8.26.0104, 11ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Marcelo L. Theodósio, j. em 7.6.2021; Apelação nº 1005968-56.2017.8.26.0597, 8ª Câmara de Direito Público, rel. Des.

Acesso ao Sumário

José Maria Câmara Junior, j. em 5.5.2021; Apelação nº Cível 1000525-73.2015.8.26.0572, 12ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Osvaldo de Oliveira, j. em 5.4.2021, entre outros.

Logo, não demonstrada a alegada incapacidade financeira nem recolhida a taxa judiciária no prazo assinalado, configurou-se a deserção, de modo que do recurso em tela não se conhece.

III. Traçado o plano geral da lide, passa-se diretamente à análise do mérito dos apelos como autorizam os artigos 282, § 2º[1], e 488[2] do Código de Processo Civil.

Há muito, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que seria "*indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10º*"[3].

Porém, com o advento da Lei nº 14.230/2021, a tipificação da improbidade administrativa passou a exigir o dolo, tendo sido excluído o elemento volitivo atinente à culpa grave, antes admitido para a caracterização das hipóteses previstas no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992.

E, conforme definiu a Suprema Corte, em sede de repercussão geral[4], "*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", sendo "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*".

Essa premissa, aliada à orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "*a responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público*"[5], ditará a solução da causa.

Pois bem.

A presente demanda, como antes se assinalou, foi proposta em face das

1 Artigo. 282. ***Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. (...)***
§ 2º - Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

2 Artigo 488. ***Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485.***

3 AIA nº 30/AM, Corte Especial, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 21.9.2011. Igualmente: AgInt no REsp nº 1.616.365/PE, 1ª T., rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 23.10.2018; AgInt nos EAREsp nº 178.852/RS, 1ª S., rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 22.8.2018; REsp nº 1.375.840/MA, 2ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. em 7.6.2018.

4 Tema 1199 - ARE n° 843.989/PR, j. em 18.8.2022, rel. Min. Alexandre de Moraes.

5 REsp nº 1.405.748/RJ, 1ª T., rel. p/acórdão Min. Regina Helena Costa, j. em 21.5.2015.

licitantes e seus sócios e em face dos agentes públicos Olenir Freschi Ferreira, Adalberto Júnior dos Santos e Paulo Roberto Viçoti, integrantes da comissão de licitação, e José Roberto Martins, então Prefeito do Município de Pedranópolis.

A ação foi julgada improcedente em relação aos servidores, porque ausentes provas de sua participação, fosse no ilegal direcionamento da licitação para a escolha da empresa organizadora dos certames, fosse, posteriormente, no vicioso favorecimento de candidatos a uma das vagas nos quadros da prefeitura (cf. fl. 3448).

Idêntico raciocínio há de ser aplicado ao ex-prefeito.

Não basta a dar suporte à condenação fundada em ato de improbidade administrativa a simples alegação do autor de que José Roberto, à época, seria o ordenador máximo de despesas.

Seria imprescindível evidência irrefragável do comportamento doloso do alcaide com a intenção de obter para si ou para outrem vantagens ilícitas às custas do Município, ou de prejudicar o erário, ou, ainda, de transgredir os princípios regentes da Administração.

Mas desse ônus o autor não se desincumbiu.

A argumentação contida na inicial, acima transcrita, revela, de maneira inabalável, que as conclusões ali expressas situam-se no plano da suposição, da mera hipótese construída sob a exclusiva óptica do órgão ministerial que, não necessariamente, é a mais consentânea com a realidade.

Respaldam essa percepção os seguintes fatos:

- os agentes públicos não foram mencionados na denúncia das irregularidades no concurso público de Pedranópolis (fl. 594);

- tampouco o foram nos relatórios elaborados pela promotoria (fls. 1170-1177; 1655-1662);

- não houve referência a eles pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado - GAECO no memorando que acompanhou o relatório de compartilhamento elaborado pelo Centro de Inteligência da Polícia Civil e neste não foram sequer citados (cf. fls. 1691-1695; 1708- 1719);

- a testemunha ouvida na fase inquisitorial, Luana Gasques Boni, secretária na empresa Persona e que forneceu detalhes sobre o esquema fraudulento capitaneado por Marlene, não estabeleceu qualquer tipo de vínculo entre os agentes públicos e as licitantes (fl. 1669-1670);

- Olenir, que também prestou declarações ao órgão ministerial, não ofereceu nenhum indicativo de que ele, seus colegas ou o prefeito estivessem implicados na fraude (fl. 1172);

- não há indícios de que os agentes públicos houvessem intermediado o contato entre a empresa Persona e candidatos que pudessem ter sido favorecidos, inexistindo, nem mesmo, sinais de que qualquer candidato tenha com eles se comunicado;

Acesso ao Sumário

- os agentes públicos não integraram o rol de investigados, de indiciados ou de processados criminalmente (fls. 1708-1709; 2716-2958);

- a recomendação ministerial à Administração, para suspender os efeitos do concurso público para provimento de cargos e para obstar eventuais nomeação de candidatos aprovados foi expedida em **24.6.2015** (fls. 1000-1008), exatos **dois meses após** a homologação do concurso, ocorrida em **24.4.2015** (fl. 1048);

- aludida recomendação ministerial que, sublinhe-se, não possui caráter vinculativo ou coercitivo, mas de orientação -, ao que se pode constatar por meio dos elementos documentais disponíveis, foi encaminhada singelamente à Administração, sem prova do cometimento de fraude em Pedranópolis. Tocante a esse aspecto, cumpre salientar que a condenação das licitantes e seus sócios sobreveio apenas em **20.9.2017** (fl. 2958), confirmada em segundo grau de jurisdição em **28.1.2020**, em virtude do que, pelo menos até essa data, haveria de ser prestigiado o princípio da não culpabilidade, salvaguardado no artigo 5º, LVII[6], da Constituição Federal

Ora, não se controverte sobre os crimes perpetrados pela organização criminosa liderada por Marlene em diversos municípios; indiscutível, igualmente, a eventual participação de servidores públicos nesses delitos.

Todavia, no que se refere ao Município de Pedranópolis, inexiste evidência de que os corréus José Roberto, Olenir, Adalberto e Paulo Roberto tenham contribuído, de algum modo, para a atividade criminosa.

Tampouco se vislumbra atuação desses corréus na defesa de interesses exclusivamente pessoais nem de que tenham agido em má-fé para burlar a ordem constitucional.

Os atos de improbidade administrativa possuem tipologia jurídica própria, não se confundem nem absorvem todo e qualquer comportamento desprovido de legalidade ou de eticidade e não podem ser presumidos; seu reconhecimento, antes, demandam demonstração cabal, irrefutável da conduta torpe, ônus do qual o autor não se desincumbiu.

Com efeito, "*é salutar ter em mente que não se presume culpa (dolo ou culpa) para a caracterização de conduta ímproba no art. 10. (...) Por igual, dolo e má-fé não existem sem comprovação substante. Posto que não presumidos, na medida em que juridicamente patológicos, reclamam demonstração cabal. Cabe o alerta sempre bem-vindo de Carlos Maximiliano (1933, p. 122): 'Todas as presunções militam em favor de uma conduta honesta e justa: só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjecturas, se admite haver alguém agido com propósitos cavilosos, intuitos contrários ao Direito, ou à Moral*."[7]

A prevalecer a pretensão autoral, inverter-se-ia indevidamente o ônus da prova e abolir-se-ia a presunção de inocência, com o que não se pode comungar.

6 Artigo 5º. (...)
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...)

7 FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade Administrativa*, 4ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2016, item 5.6.3 Culpa, p. 37-38/44 (e-book)

O cenário acima descrito conduz, inevitavelmente ao afastamento das sanções lançadas com base na prática de ato de improbidade administrativa, por imposição do artigo 3º da Lei nº 8.429/1992, na redação vigente ao tempo dos eventos aqui tratados, não obstante os delitos perpetrados por Marlene e seus cúmplices. Diz o referido dispositivo:

> Artigo 3º. ***As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.*** (grifamos)

Ou seja, é pressuposto do sancionamento da conduta de terceiros pela Lei de Improbidade Administrativa, a prática de ato ímprobo pelo agente público àquele de alguma forma atrelado, o que, na hipótese, não ocorreu.

De fato, "*o art. 3º da Lei 8.429/1992 exige condutas por parte de terceiros, vinculados aos agentes públicos. Induzir ou concorrer para a improbidade depende necessariamente do conluio com determinado agente público. Da mesma forma, ao mencionar o benefício, a referida norma parte da premissa de que o ato de improbidade administrativa foi praticado pelo agente público. Em suma: caso não seja comprovada a prática de improbidade por agente público, não serão aplicadas as sanções de improbidade administrativa ao terceiro*" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*, 2ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Método, 2014, p. 69).

Nesse contexto, "*somente será possível falar em punição de terceiros em tendo sido o ato de improbidade praticado por um agente público, requisito este indispensável à incidência da Lei nº 8.429/1992. Não sendo divisada a participação do agente público, estará o 'extraneus' sujeito a sanções outras que não aquelas previstas nesse diploma legal*" (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 3ª ed., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 239).

Não configurada, no caso concreto, a prática de ato ímprobo pelos agentes públicos, não há cogitar de condenação de seus litisconsortes com fulcro na Lei nº 8.429/1992.

Essa é a orientação emanada dos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça:

> ***O STJ entende que "os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato questionado" (...).***
>
> ***Sobre a matéria, a Lei 14.230/2021 introduziu o parágrafo único ao art. 2º da Lei 8.429/1992. Como se observa, o teor do novo dispositivo não destoa do antigo art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, de modo que não merece reforma a jurisprudência já consolidada pelas Primeira e Segunda Turmas do STJ, no sentido de que se mostra inviável o manejo da Ação Civil Pública por improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem***

Acesso ao Sumário

a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.
(REsp nº 1.980.604/PE, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. em 21.6.2022);

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "é inviável o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda" (...) No caso, a ação de improbidade administrativa fora ajuizada contra o ex-Prefeito, a Procuradora do Município e os ora recorrentes - empresa contratada e seu diretor -, sendo a eles imputada a prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na indevida dispensa de licitação. (...) a improcedência dos pedidos, em relação aos corréus agentes públicos, mediante decisões transitadas em julgado, beneficia os recorrentes, particulares - empresa contratada e seu diretor -, pois, como visto, "ajuizada a ação civil e julgado improcedente o pedido em relação ao agente público, igual destino há de ter o terceiro". (...) Recurso Especial conhecido e provido, para, com fundamento no art. 509 do CPC/73, reformar o acórdão recorrido e estender, aos ora recorrentes, os efeitos da improcedência dos pedidos formulados contra os corréus, agentes públicos.
(REsp nº 1.678.206/RS, 2ª T., rel. Min. Assusete Magalhães, j. em 26.5.2020);

De acordo com a jurisprudência do STJ, é inviável o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. O conceito de agente público, por equiparação, para responder à ação de improbidade, pressupõe aquele que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades descritas no art. 1º da Lei 8.429/92. No caso, é inviável a ação de improbidade ajuizada exclusivamente contra a sociedade empresária contratada por meio de processo licitatório e seus diretores, seja porque não se enquadram no conceito de agente público previsto na LIA, seja porque a ilicitude da conduta narrada pressupõe a participação de pessoa integrante da estrutura administrativa. Fica ressalvada a possibilidade de se buscar a responsabilização dos envolvidos pelos meios admissíveis em direito, considerando-se a imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário.
(REsp nº 1.409.940/SP, 2ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. em 4.9.2014);

A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que "os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no pólo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de Ação Civil Pública comum para obter o ressarcimento do Erário" (REsp 896.044/PA, Rel. Min. Herman Benjamin,

Acesso ao Sumário

Segunda Turma, julgado em 16.9.2010, DJe 19.4.2011).
(AgRg no REsp nº 1.413.729/PA, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. em 22.4.2014);

Os particulares que induzam, concorram, ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei nº 8.429/1992, não sendo, portanto, o conceito de sujeito ativo do ato de improbidade restrito aos agentes públicos (inteligência do art. 3º da LIA). 2. Inviável, contudo, o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente e apenas contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.
(REsp nº 1.171.017/PA, 1ª T., rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 25.2.2014);

Não figurando no polo passivo qualquer agente público, não há como o particular figurar sozinho como réu em Ação de Improbidade Administrativa" (REsp 1155992/PA, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 1º.07.10). Ressalva-se a via da ação civil pública comum (Lei 7.347/85) ao Ministério Público Federal a fim de que busque o ressarcimento de eventuais prejuízos ao patrimônio público.
(REsp nº 1.181.300/PA, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, j. em 14.9.2010).

Em suma, ajuizada a ação civil e julgado improcedente o pedido em relação aos agentes públicos destinatários da Lei nº 8.429/1992, a mesma sorte há de ter o terceiro.

Consequentemente, permanecem válidos os resultados do concurso público nº 1/2015, considerando que, dada a solução ora preconizada, não seria razoável penalizar os candidatos que, de boa-fé, dele participaram do certame e foram aprovados.

IV. Restam duas observações a serem feitas:

(i) o desfecho atinge a candidata Ana Lúcia de Melo que não integrou a lide e que, assim, sem o cumprimento do devido processo legal, teve obstada sua exoneração/nomeação, inexistindo, nestes autos, prova de que tenha sido condenada por fraude ou por crimes contra a Administração Pública;

(ii) como decorrência lógica e legal[8], a solução estende-se a Alvares Ferreira, Sílvia Marlene Costa Alvares e J. Alvares Ferreira & Alvares Ltda. (Mil Consultoria), conquanto seu apelo não tenha sido conhecido.

Acesso ao Sumário

V. Isto posto, não se conhece do recurso interposto por Alvares Ferreira, Sílvia Marlene Costa Alvares e J. Alvares Ferreira & Alvares Ltda. (Mil Consultoria) e dá-se provimento aos recursos dos demais litisconsortes, com observação, para julgar improcedente a ação.

VI. Eventual insurgência em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, facultado às partes, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no

8 Art. 1.005. ***O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses.***

preparo de memoriais.

No silêncio, privilegiando o princípio da celeridade processual, prosseguirá o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1026038-04.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado MARINGÁ HOSPITALAR DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E CORRELATOS - EIRELI.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação e à remessa necessária. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Paulo Henrique Brunelo Miguel, OAB/PR 68.846", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61.877)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 30 de janeiro de 2024.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: CONTRATO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE MULTA POR INEXECUÇÃO PARCIAL DO AJUSTE. IMPREVISIBILIDADE DA ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO EXISTENTE À ÉPOCA DA CONTRATAÇÃO.

Em que pese ao contrato cujo descumprimento deu origem às multas impugnadas ter sido firmado em 15 de dezembro de 2020, já no contexto da pandemia de covid-19, momento em que as dificuldades na produção e na aquisição de mercadorias, em particular dos insumos médico-hospitalares, já eram conhecidas, as peculiaridades do caso concreto permitem aferir o quadro de imprevisibilidade ensejador da não aplicação de penalidade pela inexecução contratual.

Não provimento da apelação e da remessa necessária, que se tem por interposta.

VOTO

RELATÓRIO:

Acesso ao Sumário

Maringá Hospitalar Distribuidora de Medicamentos e Correlatos - Eireli propôs ação contra o Município de São Paulo, visando a anular as multas a ela imposta pelo apontado fornecimento parcial e em atraso de seringas 10ml descartáveis, produto destinado ao abastecimento das unidades de saúde da cidade.

A r. sentença julgou a demanda procedente, fixando os honorários advocatícios em 10% do valor da causa (*e*- págs. 504-8).

Do decidido, apelou a Municipalidade paulistana, sustentando, em resumo, previsibilidade no requerimento de seringas em quantitativo superior ao estimado na ata de registro de preços. Alega ser possível o arbitramento de duas multas cumulativamente, pois uma se trata do descumprimento do prazo de entrega e outra sanciona o fornecimento somente de parte do pedido, aduzindo a higidez na fixação do valor (*e*-págs. 515-24).

Respondeu- se ao recurso (*e*-págs. 530-8).

É o relatório em acréscimo ao da r. sentença, conclusos os autos recursais em 16 de outubro de 2023 (*e*- pág. 540).

VOTO:

1. De partida, tratando-se de sentença ilíquida, considera-se interposta a remessa necessária.

2. Não prospera o divórcio ideológico agitado nas contrarrazões, verificando-se do cotejo com a r. sentença a similitude das questões tratadas no *decisum* e as teses defendidas pelo ora recorrente.

3. É incontroversa nos autos a inexecução parcial do contrato, tendo a autora entregue em atraso 285.250 seringas, quantidade menor do que a solicitada pelo Município de São Paulo.

4. O contrato cujo descumprimento deu origem às multas impugnadas foi firmado em 15 de dezembro de 2020, data em que as dificuldades na produção e, em consequência, na aquisição de mercadorias, em particular dos insumos médico-hospitalares, já eram conhecidas, circunstância que poderia afastar a imprevisibilidade ensejadora da não aplicação de penalidade pela inexecução contratual.

O caso em tela, todavia, ostenta particularidades que apontam para o caráter imprevisível da mudança do quadro fático existente no momento da contratação.

Vencedora dos lotes 4 e 5 do pregão eletrônico 322/2020/SMS – fornecimento de seringas descartáveis com capacidade de 10 ml – a autora firmou a ata de registro de preços 538/20, válida por um ano, estimando o edital do certame a entrega de 276.253 unidades ao mês e de 3.315.036 durante o período de vigência do ajuste (*e*-pág. 103).

Em 2 de março de 2021, a Municipalidade paulistana emitiu ordem de fornecimento de **1.400.000** seringas com a especificação contratada.

A solicitação de entrega de quantidade correspondente a, aproximada-

Acesso ao Sumário

mente, **cinco vezes** à prevista no contrato para o fornecimento mensal, e à **metade** do total pactuado, indica a excepcionalidade do caso em tela, evidenciando que até mesmo a Administração municipal não pôde prever o aumento da demanda durante a execução contratual.

Afronta a razoabilidade a exigência, de uma só vez e no início da vigência do contrato, de fornecimento de quase metade do quantitativo anual indicado no ajuste.

É certo que as quantidades referidas no edital do certame são apenas estimativas, não estando a elas vinculadas as solicitações de entrega dos produtos formuladas pela Administração municipal. Não se pode, todavia, desconsiderar essa previsão editalícia, pois é com base nessa informação que as licitantes formulam suas propostas e elaboram o planejamento para a execução do objeto contratado.

Assim, é admissível alguma divergência entre a quantidade estimada em contrato e aquela requerida pela Municipalidade paulistana, mostrando-se imprevisível e excessivamente onerosa para a contratada a discrepância entre os quantitativos.

Observa-se que a fabricante das seringas, em resposta ao ofício expedido pelo M. Juízo *a quo*, noticiou a **requisição**, pelo Ministério da Saúde, desses produtos para uso na vacinação contra o covid-19, circunstância que causou a descontinuidade no atendimento aos demais clientes, como é o caso dos autos (*e*-pág. 458).

5. A ora apelada impetrou mandado de segurança em 24 de março de 2021, pleiteando que a Municipalidade de São Paulo examinasse seu pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que teria havido imprevisível elevação dos preços das seringas.

Por outro lado, a imprevisibilidade do quadro fático presente à época da ordem de fornecimento em pauta foi reconhecida pela Administração paulistana ao deferir o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, formulado pela ora apelada, majorando o valor unitário das seringas referidas no edital (*e*-págs. 124-8).

6. No caso concreto, a imprevisibilidade da alteração nas condições fáticas existentes à época da assinatura do contrato pode ser aferida nas condutas adotadas pela Municipalidade paulistana, amparando o conjunto probatório a alegação da excepcionalidade a rechaçar a sanção imposta.

Os documentos juntados aos autos, dentre eles as cópias do mandado de segurança impetrado pela ora apelada para que a Administração municipal examinasse seu pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que teria havido imprevisível elevação dos preços das seringas, e para admitir o cumprimento parcial da ordem de fornecimento *sub examine*, permitem aferir que a autora possuía estoque suficiente para suprir a estimativa prevista em con-

Acesso ao Sumário

trato para aproximadamente dois meses.

A demandante juntou aos autos ordens de compra por ela emitidas em 29 de setembro e 14 de dezembro de 2020, e em 29 de janeiro e 14 de junho de 2021 indicarem a aquisição de aproximadamente 3.000.000 seringas do tipo contratado (*e*-págs. 104-7), havendo comprovante de estoque referindo a existência de 302.750 seringas no depósito da suplicante em 26 de março de 2021, dois dias após a emissão da ordem de fornecimento em pauta, conforme relatado pelo M. Juízo de primeiro grau em decisão liminar no já citado mandado de segurança (*e*-págs. 119 deste processo, e 158 dos autos 1017218-30.2021, referente ao *writ*). Há, ainda, documento indicando que a fabricante entregaria à autora 500.000 seringas, no dia 26 de março, conforme previsto no pedido realizado em dezembro de 2020 (*e*-pág. 104).

O conjunto probatório permite concluir que a autora não se mostrou negligente, providenciando estoque compatível com as previsões editalícias, ferindo o princípio da razoabilidade a exigência de que à época da celebração do contrato a demandante tivesse a quantidade total dos produtos objeto do ajuste.

Pelo exposto, parece cabe manter a r. sentença.

7. Ressalta-se, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo* , albergados nas questões decididas.

POSTO ISSO, meu voto nega provimento à remessa necessária, que se tem por interposta, e à apelação do Município de São Paulo, mantendo a r. sentença prolatada nos autos de origem 1026038- 04. 2022 da digna 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a esta modalidade de julgamento, manifestar sua discordância por petição autônoma oportuna.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1072741-90.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARCIA DE SOUZA CARVALHO MELHEM, THAIS VALERIA MILANEZ, MÔNICA ARCON BATISTIC, MARIA DE FÁTIMA LERENO DE ARAÚJO, ANA CELIA STEFFEN MANCINI, JOSE ANTONIO PISTARIM BERRA, HELOISA HELENA BARBOSA MELLES, CHRISTINA LEOPOLDO E SILVA, BERENICE MANDEL B RIGIDO e VALTER RUVIERI, é apelado SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de

São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.533)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO FARIA (Presidente) e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – PESQUISADORES CIENTÍFICOS – APLICAÇÃO DE TETO ÚNICO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS.

Pretensão voltada à declaração de direito à aplicação do teto único das universidades públicas do país sobre proventos de aposentadoria, em detrimento do subteto constitucional previsto nos arts. 115, XII, da Constituição Estadual e 37, XI, da Constituição Federal, com o pagamento de atrasados.

Sentença de improcedência.

APELAÇÃO DOS AUTORES.

TETO REMUNERATÓRIO ÚNICO DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR E PESQUISA – Medida cautelar deferida pelo STF nos autos da ADI 6.257, nos seguintes termos: "Ante o quadro revelado, defiro a medida cautelar pleiteada, *ad referendum* do Plenário, para dar interpretação conforme ao inciso XI do art. 37, da Constituição Federal, no tópico em que a norma estabelece subteto, para suspender qualquer interpretação e aplicação do subteto aos professores e pesquisadores das universidades estaduais, prevalecendo, assim, como teto único das universidades no país, os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal." – Medida cautelar cuja observância é obrigatória pelos demais Tribunais – Precedentes desta Corte.

Sentença de improcedência reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM ajuizada por MARCIA DE SOUZA CARVALHO MELHEM e OUTROS em face da SÃO PAULO

Acesso ao Sumário

PREVIDÊNCIA - SPPREV. Segundo relatório extraído da sentença atacada, buscam os autores o afastamento do subteto constitucional estadual, sob o fundamento de que exercem atividades que em nada diferem dos pesquisadores que trabalham em âmbito federal, razão pela qual, neste aspecto, o art. 115, XII, da CE, que reproduz o art. 37, XI, da CF/88, revela-se inconstitucional. Requereram, assim, a procedência da ação, a fim de que seja reconhecida a inconstitucionalidade do referido dispositivo, de forma a afastar, com relação a eles, o subteto constitucional, bem como seja a ré condenada ao pagamento do valor indevidamente descontado dos vencimentos dos autores no período imprescrito.

A sentença de fls. 151/155 julgou improcedente o pedido. Em razão da sucumbência, condenou os autores ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Inconformados com a sentença, apelam os autores, com razões recursais às fls. 160/170. Inicialmente, requerem a redução do valor da causa para aquele anteriormente indicado na petição inicial. No mérito, repetem a argumentação contida na inicial. Afirmam serem Pesquisadores Científicos aposentados e receberem remuneração igualada à dos Docentes da Universidade de São Paulo. Alegam que não pode haver adoção de critério distinto na fórmula remuneratória para Professores Pesquisadores Titulares e os autores. Defendem o afastamento do subteto remuneratório contido no art. 37, XI da Constituição Federal, com aplicação do teto único das instituições públicas de ensino superior e pesquisa, como determinado pelo STF na ADI 6.257. Citam jurisprudência a seu favor. Tecem considerações acerca do caráter nacional do ensino superior e da pesquisa científica, para justificar que o mesmo tratamento reservado aos Professores e Pesquisadores Científicos federais deve ser despendido aos autores, em âmbito estadual.

Nesses termos, requerem o provimento do recurso, para que seja a ação julgada procedente.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 177) e respondido às fls. 183/199.

Os autores manifestaram oposição ao julgamento virtual (fls. 207).

É o relato do necessário.

VOTO.

O recurso comporta provimento.

Trata-se de ação ajuizada por Pesquisadores Científicos aposentados, visando a declaração de direito à aplicação do teto único das universidades públicas do país sobre seus proventos, em detrimento do subteto constitucional previsto no art. 115, XII, da Constituição Estadual, que reproduz o art. 37, XI, da Constituição Federal. E, declarado o direito, requerem preceito condenatório, com o pagamento de atrasados, limitado à prescrição quinquenal.

De início, acolho o pleito de redução do valor da causa. A matéria, como se sabe, é de ordem pública e comporta revisão a qualquer tempo, inclusive

Acesso ao Sumário

sendo possível a correção de ofício pelo magistrado. Ainda, realizado o pedido pelos autores em apelação, certo é que pôde a SPPREV, apelada, exercer o contraditório em sede de contrarrazões.

Como é cediço, o valor atribuído à causa deve corresponder à vantagem econômica pretendida pela parte. Porém, as ações ajuizadas por servidores públicos para a percepção de diferenças remuneratórias, como na espécie, possuem valor de causa meramente estimativo, especialmente quando a definição do alcance e da extensão do conteúdo econômico da demanda depende de informações sob poder da Administração Pública.

Dessa forma, uma vez que o valor definido pelos autores é meramente estimativo e diante da aparente dificuldade de quantificação prévia do conteúdo econômico da ação nesta fase postulatória, não se entrevê empecilho para que se admita, para todos os fins de direito, o montante inicial ora atribuído.

Superado este ponto, é o caso de concessão da equiparação pretendida pelos autores.

Sabe-se que o art. 37, XIII da Constituição Federal veda expressamente a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para efeito de remuneração de pessoal do serviço público. A esse respeito, importante notar que as funções desempenhadas pelo Pesquisador Científico diferem daquelas exercidas pelo docente universitário; bem por isso, trata-se de carreiras distintas, ainda que pertencentes à área da educação.

O cargo de Pesquisador Científico abrange atividades de execução ou orientação de trabalhos e investigação científica ou tecnológica em regime de tempo integral, conforme dispõe o art. 1º da Lei Complementar 125/75, que criou a carreira.

A carreira não se confunde com a de Pesquisador Universitário, criado com o objetivo de fortalecimento das áreas consideradas prioritárias para o desenvolvimento científico e tecnológico, nos termos da Resolução UNESP 74/2020.

No entanto, a despeito de posicionamentos no sentido de não ser possível a equiparação pretendida diante da ausência de permissivo legal e constitucional para tanto, não se pode olvidar que o STF, por ocasião do julgamento da ADI 6.257, concedeu liminar para suspender a aplicação do subteto correspondente ao subsídio mensal do Governador do Estado de São Paulo aos professores e pesquisadores de universidades públicas estaduais. Determinou-se a adoção, então, como teto único das universidades no país, dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

> O modelo constitucional de federalismo cooperativo adotado pela Lei Fundamental descortina um sistema nacional de educação. Essa concepção revela que a educação é um dever do Estado. O sistema nacional de educação estabelece diretrizes, metas, recursos e estratégias de manutenção e desenvolvimento direcionados a assegurar o direito social

Acesso ao Sumário

à educação nos níveis básico e superior. A concepção dessa política pública de Estado pressupõe a efetivação dos objetivos da República Federativa do Brasil e o respeito aos direitos fundamentais. A Lei Fundamental erigiu um sistema nacional de educação com o propósito de realizar o bem comum e o progresso da ciência, da tecnologia e da inovação, devendo voltar-se para a reflexão e a solução dos problemas mais sensíveis da Nação. A Carta da República prevê no art. 214 que "a lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidade por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas (...)". A mensagem constitucional da educação como política nacional de Estado só poderá alcançar seu propósito a partir do reconhecimento e da valorização do ensino superior. Esse reconhecimento parte da consideração de que os professores que exercem as atividades de ensino e pesquisa nas universidades estaduais devem ser tratados em direito e obrigações de forma isonômica aos docentes vinculados às universidades federais. Essa é a percepção que me leva a entender que a interpretação constitucionalmente adequada do art. 37, XI, da Constituição Federal de 1988 deve contemplar também os docentes e pesquisadores das universidades estaduais. Na lição sempre viva do Ministro Carlos Maximiliano, "quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas" (MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 247). Lembro, a propósito, a advertência do Ministro Eros Grau de que "não se deve interpretar a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação do direito é interpretação do direito, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta textos de direito, isoladamente, mas sim o direito, a Constituição, no seu todo" (GRAU, Eros. Por que tenho medo dos juízes. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 84-85). Partindo do pressuposto de que a Carta da República concebeu um projeto de política nacional de educação, não vislumbro razão para compreender como adequada a existência de uma diferenciação remuneratória entre docentes e pesquisadores que exercem as mesmas funções em instituições de ensino superior de entidades federativas distintas. De fato, como ensina o Ministro Themistocles Cavalcanti, "o princípio da igualdade constitui orientação obrigatória para o legislador, a ele cabe condicioná-lo à natureza da relação jurídica que disciplina. As normas gerais são iguais para todos e a todos dever ser atribuído igual tratamento, sem deixar de atender-se aos casos indivi-

Acesso ao Sumário

duais. Vedado é, porém, modificar a norma ou dar-lhe aplicação discriminatória para considerar os casos individuais." (CAVALCANTI, Themistocles. A Constituição Federal Comentada. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. Deve-se interpretar o art. 37, XI, da Constituição Federal de 1988 a partir da totalidade dos comandos constitucionais, não sendo possível conferir tratamento discriminatório sem observância do princípio da igualdade. O Ministro João Barbalho, ao comentar o art. 72, § 2º, da Constituição Federal de 1891, já afirmava, com autoridade, que "não há, perante a lei republicana, grandes e nem pequenos, senhores nem vassalos, patrícios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o Direito. Não existem privilégios de raça, casta ou classe, nem distinções quanto às vantagens e ônus instituídos pelo regime constitucional. E a desigualdade proveniente de condições de fortuna e de posição social não influi nas relações entre o indivíduo e a autoridade pública. A lei, a administração, a justiça são iguais para todos" (BARBALHO, João. Constituição Federal Brasileira comentários. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e cia., 1924. p. 407). O Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento da ADI nº 3.854, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ de 29/06/07, questão jurídica semelhante à versada na causa de pedir da presente ação. Naquele caso, o Plenário assentou que seria distinção arbitrária, portanto em descompasso com o princípio da igualdade, estabelecer limites remuneratórios diferenciados para os membros das carreiras da magistratura federal e estadual, ante o caráter nacional do Poder Judiciário. Ante o quadro revelado, defiro a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, para dar interpretação conforme ao inciso XI do art. 37, da Constituição Federal, no tópico em que a norma estabelece subteto, para suspender qualquer interpretação e aplicação do subteto aos professores e pesquisadores das universidades estaduais, prevalecendo, assim, como teto único das universidades no país, os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Encaminhem-se os autos ao eminente Ministro Relator, para o que entender de direito. Comunique-se com urgência. Publique- se. Brasília, 18 de janeiro de 2020. Ministro Dias Toffoli.

Resta, portanto, observar o quanto decidido pelo STF em medida cautelar vinculante, que não se tem notícia de ter perdido higidez. Em casos análogos, assim já decidiu este Tribunal de Justiça:

Apelação. Ação de rito comum. Pesquisadores Científicos. Aplicação de teto único. Sentença de procedência do pedido mantida. 1. Autores que pretendem a aplicação do teto único às instituições públicas de ensino superior e pesquisa conforme estabelecido pelo STF, na medida cautelar deferida na ADI 6.257, ainda não cassada, ao que se saiba: 'Ante o quadro revelado, defiro a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, para dar interpretação conforme ao inciso XI do art. 37, da Constituição Federal, no tópico em que a norma estabelece subteto, para suspender qualquer interpretação e aplicação do subteto aos professo-

Acesso ao Sumário

res e pesquisadores das universidades estaduais, prevalecendo, assim, como teto único das universidades no país, os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal'. Viabilidade. Medida Cautelar que determinou, por conseguinte, a suspensão da aplicação do subteto constitucional aos professores e pesquisadores das universidades públicas estaduais de forma a fixar como teto único aos docentes de instituições de ensino superior públicas do país teto federal, os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. 2. Negado provimento ao recurso do Estado de São Paulo.
(TJSP; Apelação Cível nº 1022000-12.2023.8.26.0053; 9ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu; j. em 24/10/2023);

PRELIMINAR – Violação ao princípio da dialeticidade recursal – Descabimento – Embora prolixa, a defesa da apelante é clara ao impugnar a concessão da segurança apenas com base no decidido na ADI n. 6.257/DF – Preliminar rejeitada. APELAÇÃO CÍVEL – Pensionistas de ex-Professor e Pesquisador da Universidade de São Paulo – Pretensão de afastar o redutor constitucional previsto no art. 37, XI, da CF, com a redação dada pela EC 41/03 que, no caso, tem como limite o subsídio do Governador do Estado, passando a ser este o limite do subsídio percebido pelos Ministros do C. STF, com base no decidido na ADI n. 6.257/DF – Cabimento – Independentemente de posicionamentos em sentido contrário, o C. STF já pacificou a questão no referido julgado "...para suspender qualquer interpretação e aplicação do subteto aos professores e pesquisadores das universidades estaduais, prevalecendo, assim, como teto único das universidades no país, os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal..." – Observância obrigatória pelos demais Tribunais, sob pena de ajuizamento de Reclamação Constitucional pela parte lesada – Precedentes – Preliminar rejeitada – Recurso desprovido.
(TJSP; Apelação Cível nº 1060464-13.2020.8.26.0053; 6ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Silvia Meirelles; j. em 03/08/2022);

MANDADO DE SEGURANÇA – Professora universitária da FATEC – Pretensão à aplicação do teto único constitucional – Cabimento – Incidência da ADI nº 6.257 – Autarquia de regime especial associada à UNESP – Inteligência do Decreto Estadual nº 58.385/2012 – Sentença concessiva da ordem confirmada – Recurso de apelação desprovido.
(TJSP; Apelação Cível nº 1060240-07.2022.8.26.0053; 12ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. J. M. Ribeiro de Paula; j. em 10/05/2023);

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. Pesquisadores Científicos de Universidade Estadual. Pretensão visando que lhes seja aplicado o teto remuneratório constitucional aplicável aos servidores públicos federais, em detrimento do subteto estadual que hoje é aplicado às suas remunerações. Possibilidade. Medida liminar deferida pelo C. Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, nos autos da ADI n.º 6.257/DF, ad referendum do Tribunal Pleno, "para dar

Acesso ao Sumário

interpretação conforme ao inciso XI do art. 37, da Constituição Federal, no tópico em que a norma estabelece subteto, para suspender qualquer interpretação e aplicação do subteto aos professores e pesquisadores das universidades estaduais, prevalecendo, assim, como teto único das universidades no país, os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal". Precedentes desta Corte de Justiça. Procedência da ação decretada. Recurso conhecido e provido.
(TJSP; Apelação Cível nº 1012610-86.2021.8.26.0053; 2ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Vera Angrisani; j. em 25/08/2022).

Assim, o recurso deve ser provido, para que seja reconhecido o direito dos autores à aplicação do teto único das universidades públicas do país sobre seus vencimentos/proventos, com apostilamento do título. Ainda, fica a ré condenada ao pagamento de atrasados, respeitada a prescrição quinquenal.

Os valores atrasados deverão ser corrigidos pelo IPCA-E, a contar do vencimento de cada parcela, e acrescidos de juros de mora em patamar equivalente à taxa aplicada à caderneta de poupança, a partir da citação, nos termos do art. 1-F da Lei 9.494/ 97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, em atenção ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 870.947 (Tema 810 do STF, cuja decisão transitou em julgado em 03/03/2020). Tais critérios serão aplicáveis até 08/12/2021.

A partir de 09/12/2021, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 113, de 08 de dezembro de 2021, incidirá unicamente o índice da taxa SELIC, não cumulável com quaisquer outros índices, porque inclui, a um só tempo, o índice de correção e juros (Súmula 188 e 523 do STJ).

Trata-se de crédito de natureza alimentar.

Diante do exposto, voto para dar provimento ao recurso de apelação.

Invertida a sucumbência, condena-se a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em 12% sobre o valor da condenação, já inclusos os honorários pelo trabalho adicional em grau recursal, que deverão ser calculados em sede de liquidação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1057392-03.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP, é apelado FRANCA EXPANSÃO S.A.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral do Dr. Oscar Lopes de Alencar Junior e do Dr. Guilherme Toshihiro Takeishi, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra

este acórdão. **(Voto nº 35.159)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), HELOÍSA MIMESSI e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2024.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA ARBITRAL – Pretensão de anular sentença arbitral – Empresa contratada da Sabesp que demandou a instauração de procedimento arbitral para a aplicação da penalidade contratual contra a empresa de saneamento, após reconhecimento de conduta abusiva perpetrada pela sociedade em outro procedimento de arbitragem, o que prejudicou as atividades da empresa contratada – Sentença arbitral que julgou procedente o pedido da contratante para aplicar multa em razão do descumprimento contratual por parte da Sabesp – Alegação de ofensa à coisa julgada, em razão do quanto decidido na medida cautelar nº 1016607-87.2015.8.26.0053 e incompetência do juízo arbitral para decidir a respeito de direito patrimonial indisponível (cláusula exorbitante) – Inocorrência – A decisão judicial anterior tratou de questões distintas das travadas no procedimento arbitral questionado – Pretensão da contratada que não toca a fiscalização da execução do Contrato e a aplicação de sanção pela Administração Pública – Pretensão no procedimento arbitral de assegurar o equilíbrio no que concerne às penalidades de ordem contratual, de forma a tornar paritária a relação – Ato de gestão contratual que não se reveste das prerrogativas da Administração Pública – Mero inconformismo da autora com o teor da sentença arbitral – Restrição da atuação do Poder Judiciário nas decisões arbitrais que se justifica para garantir segurança jurídica àqueles que se submetem à arbitragem como forma de solução de litígio, tornando-a útil, eficaz e atraente – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Condenação da autora na forma escalonada do artigo 85, § 3º, CPC – Sentença mantida – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação proposta pela COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (Sabesp) contra FRANCA EXPANSÃO S.A., por meio da qual busca a declaração de nulidade da sentença arbitral proferida no procedimento arbitral CMA 628-19, em razão da incompetência do juízo arbitral para dirimir a respeito de matéria de direito patrimonial indisponível, buscando a improcedência dos pedidos formulados por FRANCA EXPANSÃO no procedimento em questão. Afirma a inexistência de jurisdição arbitral e a violação à coisa julgada em relação ao provimento jurisdicional proferido nos autos da medida cautelar nº 1016607-87.2015.8.26.0053.

A r. sentença de fls. 838/843, cujo relatório é adotado, julgou improcedente o pedido, entendendo que o juízo arbitral, ao identificar o descumprimento de obrigação contratual pela Sabesp e fixar a multa, age nos termos do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9307/96, tratando a multa de direito patrimonial disponível.

Em virtude da sucumbência, a autora foi condenada ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios em favor do advogado contratado pela ré, fixados em 10% do valor da causa.

A Sabesp interpôs o recurso de apelação de fls. 854/863 por meio do qual afirma que a demanda arbitral teve por objeto a reversão da multa administrativa rescisória aplicada pela Administração Pública à contratada no Contrato Administrativo Atípico CSS nº 1057/11. Sustenta que as sanções administrativas são direito indisponível, de forma que não poderia haver a inversão da multa, para aplicar sanção à autora. Alega a violação de coisa julgada, dado que este Juízo já se manifestou a respeito de a fiscalização, a aplicação direta de sanções e as restrições serem prerrogativas de direito público da autora (cláusulas exorbitantes), configurando direito indisponível. Ademais, pretende que o pedido formulado pela requerida no juízo arbitral seja julgado improcedente. Subsidiariamente, pretende a redução da verba honorária fixada na r. sentença.

O feito foi distribuído a esta Relatora por prevenção (1016607-87.2015.8.26.0053).

O recurso preencheu os requisitos de tempestividade e regularidade (fl. 966), foi instruído com as contrarrazões da parte adversa (fls. 869/909) e é ora recebido em seus regulares efeitos.

As partes se opuseram ao julgamento virtual (fls. 936 e 938).

É o relatório.

Com relação à preliminar de não conhecimento do recurso, trazida pela ré, tem-se que o recurso é apto, uma vez que as razões deduzidas impugnaram de modo suficiente os fundamentos decisórios da sentença, permitindo a clara compreensão da pretensão recursal. Sendo assim, o recurso deve ser conhecido.

Cuida-se de ação anulatória proposta pela COMPANHIA DE SANEA-

Acesso ao Sumário

MENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (Sabesp) em que busca a declaração de nulidade de sentença arbitral proferida por árbitro único, que acolheu o pedido subsidiário da ré FRANCA EXPANSÃO para aplicar multa em seu favor "em decorrência do descumprimento contratual perpetrado pela Sabesp" (fl. 185).

No presente apelo, a autora busca anular a sentença arbitral sob o fundamento de que o juízo arbitral indevidamente deliberou a respeito de direito indisponível (sanção administrativa), imputando penalidade a Sabesp em desrespeito ao artigo 1º, § 1º da Lei de Arbitragem, o qual prevê que "*a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*".

A autora afirma, ainda, que nos termos do artigo 58, da Lei nº 8.666/93, as sanções administrativas são prerrogativas do Poder Público, não sendo possível a proposta de "inversão da sanção administrativa", tal como pleiteado pela ré no procedimento arbitral.

A Sabesp também alega que a sentença arbitral viola a coisa julgada da medida cautelar nº 1016607-87.2015.8.26.0053, julgada por esta 5ª Câmara de Direito Público, onde se reconheceu que "*a fiscalização da execução do contrato, a aplicação direta de sanções e as restrições à oposição da exceção do contrato não cumprido são prerrogativas de direito público da administração contratante (cláusulas exorbitantes), configurando direito indisponível. Assim, a matéria não deve ser submetida ao juízo arbitral, que poderá dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis apenas*".

Adicionalmente, assevera a improcedência do pedido de aplicação de multa administrativa em desfavor da Administração Pública.

Pois bem.

A arbitragem foi instaurada nos termos da Cláusula 33 do "Contrato de Concessão do Direito Real de Uso das Áreas ou da Permissão Qualificada de Uso e de Acesso, Conforme o Caso, e da Execução das Obras de Implantação das Adutoras de Água Bruta 1, 2 e 3 (Captação/EEAB2/EAB3/Eta); Adutoras de Água Tratada 1 e 2 (ETA/RES. Aeroporto/R5A) e Interligação R5a/Santa Cruz; Adutoras De Água Tratada (R5a/Res. Capelinha/Eta Norte); Linha de Recalque para Transferência de Lodo (ETA Sul/ ETE Franca); Emissário para Transferência de Lodo (ETA Sul/ETE Franca) e Sistema de Tratamento de Lodo na ETE Franca do Sistema de Abastecimento de Água do Município de Franca / Sistema Produtor Sapucaí Miri" (Contrato), firmado pelas partes em 4 de agosto de 2011.

A ré Franca Expansão, requerente do procedimento arbitral, demandou a sua instauração para a aplicação da penalidade contratual prevista na cláusula 32 do Contrato em desfavor da Sabesp, em linha com os princípios gerais do direito, igualmente aplicáveis ao Direito Administrativo, principalmente no que tange ao princípio da boa-fé. Subsidiariamente, sustentou que, caso o Juízo

Acesso ao Sumário

Arbitral entenda não ser aplicável a multa pelo mesmo valor estipulado pela Sabesp, deve ser aplicada multa em valor razoável e compatível à conduta da autora, a ser arbitrado pelo Árbitro Único.

De início, é necessário afastar as premissas trazidas pela Sabesp nestes autos.

Com relação ao argumento de coisa julgada, na sentença arbitral, o Árbitro bem distinguiu os fatos presentes na medida cautelar nº 1016607-87.2015.8.26.0053 e os fatos do procedimento arbitral ora combatido.

No Procedimento Arbitral CMA 628-19, objeto destes autos, a tutela almejada pela ré Franca não implicou adentrar "*em prerrogativas sancionatórias próprias e exclusivas da Administração, pois o que pretende, ao fim e ao cabo, é o equilíbrio da relação ajustada no Contrato, mediante a adoção de práticas isonômicas no quadrante das penalidades eminentemente contratuais*"; prosseguindo o Juízo Arbitral:

> ***90. Nesse sentido, não busca a Requerente afastar prerrogativa da SABESP de aplicar sanções administrativas; mas, tão somente, que a ela, Requerente, seja assegurado equilíbrio no que concerne às penalidades de ordem contratual, de forma a tornar paritária a relação.***
>
> ***91. Emerge dessa circunstância a inaplicabilidade de efeitos do quanto debatido pelas Partes na Medida Cautelar Inominada e estampado no correspondente Acórdão.***
>
> ***92. Nessa medida judicial a Requerente discutiu as alegadas ameaças feitas pela SABESP de aplicação de sanções no curso da execução do Contrato, e teve por finalidade a obtenção de liminar de modo a, notadamente, impedir a Requerida de impor penalidades à Requerente enquanto pendentes certas circunstâncias ou condições resultantes do Contrato.***
>
> ***93. Nos termos do Acórdão:***
>
> ***"A fiscalização da execução do contrato, a aplicação direta de sanções e as restrições à oposição da exceção do contrato não cumprido são prerrogativas de direito público da administração contratante (cláusulas exorbitantes), configurando direito indisponível. Assim, a matéria não deve ser submetida ao juízo arbitral, que poderá dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (…) A autora [Requerente] pretende afastar verdadeiras prerrogativas de direito público da SABESP (…)."***
>
> ***94. Observa-se do trecho acima que a decisão judicial tratou de questões distintas daquelas travadas neste procedimento, cuja pretensão da Requerente, reitere- se, não toca a fiscalização da execução do Contrato – já rescindido – e a aplicação de sanção pela Administração, tampouco questões atinentes à exceção de contrato não cumprido,***

circunstância essa apta a afastar qualquer potencial vinculação deste Juízo Arbitral ao contido no referido julgado.

95. Em outros termos, a Requerente em momento algum questiona ou se insurge contra o exercício pela Requerida das prerrogativas assinaladas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, pelo que não prospera a alegação de coisa julgada.

96. Com efeito, a pretensão da Requerente nesta arbitragem é outra, diversa daquela objeto da Medida Cautelar Inominada, e, portanto, não resta por "esvaziar o conteúdo de exorbitância das cláusulas reguladoras daquele poder, para criar uma inusitada (e, infundada, como se verá) inversão de posições, em que o ente privado é que passaria a ser sujeito ativo das prerrogativas sancionadoras que cabem exclusivamente aos entes públicos", como aduz o Dr. Flávio Luiz Yarshell, em seu Parecer.

97. Isso, porque o pleito da Requerente de isonomia contratual não prejudica ou afasta a alegada prerrogativa da Requerida em aplicar sanções administrativas, razão pela qual não implica em inversão de posições, mas apenas na fixação de certa medida paritária em negócio firmado sob a égide de direito privado. (grifou-se)

Logo, não há violação à coisa julgada no que diz respeito ao objeto do Procedimento Arbitral CMA 628-19.

Ademais, a sentença arbitral (fls. 119/190) corretamente distingue que a ré Franca não pleiteou "reversão" da multa rescisória que lhe foi imposta por rescisão contratual, como sustenta a autora Sabesp, não sendo o caso de arbitrabilidade de direito indisponível, em violação ao artigo 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem.

Em verdade, a ré Franca Expansão buscou a aplicação de multa contratual em desfavor da Sabesp diante do reconhecimento no Procedimento de Arbitragem CMA 393/15 de "*conduta abusiva e desidiosa perpetrada*" pela autora, em razão de "*atraso injustificado na aprovação de projetos e de pedidos de compra de materiais ou insumos necessários ao bom andamento das obras, quer seja pela demora na assinatura de documentos essenciais e importantes para a execução das obras, entre outros fatos que prejudicaram*" as atividades da ré Franca Expansão (fls. 167/168).

Desse modo, não há incompetência do juízo arbitral para a análise do objeto do procedimento, uma vez que não diz respeito à sanção de natureza administrativa, relacionada a ato de império que a Administração Pública pratica no exercício do seu poder-dever, o que, realmente não pode ser submetida à jurisdição arbitral.

Pelo contrário, a penalidade discutida no Procedimento Arbitral CMA 628-19 tem fundamento na relação negocial formalizada entre as partes pelo

Acesso ao Sumário

Contrato e como leciona Alexandre Santos de Aragão:

> ***"(...), o campo de arbitrabilidade envolvendo a Administração Pública – e, assim, o conceito de disponibilidade para esse efeito no Direito Administrativo – corresponde às matérias contratualizáveis.***[1]

Destacou o árbitro que:

> ***137. No concreto, como visto anteriormente, a relação contratual estabelecida entre as Partes rege-se pelo direito privado, não se aplicando na espécie as primazias da Administração Pública, inclusive pela própria estrutura societária da Requerida.***
>
> ***138. Com efeito, os negócios levados a cabo por sociedade de fins eminentemente lucrativos, com ações no mercado bursátil detidas em boa medida por investidores nacionais e estrangeiros, não se harmonizam com privilégios estatais.***
>
> ***139. De outra banda, o interesse público alegado pela Requerida, a demandar salvaguarda, para além de no caso ser de natureza secundária, não encontra eco nas penalidades subjacentes à controvérsia objeto desta arbitragem, de natureza eminentemente contratual.***
>
> ***140. Sob outro ângulo, o Contrato, mero instrumento para a Requerida alcançar seus interesses finalísticos, projeta de seus termos uma dualidade de penalidades, contratual e administrativa.***
>
> ***141. Como acentuado em tópico anterior, as penalidades contratuais decorrem da livre manifestação de vontade, enquanto as sanções administrativas derivam das normas legais. Cada qual visa atender objetivo tanto específico quanto distinto.***
>
> ***142. Resta evidente do contexto contratual que as Partes optaram por acordar, a par das sanções administrativas, penalidades voltadas propriamente ao inadimplemento relativo e absoluto de obrigações e deveres contratuais. E assim foi feito embasada a Requerida em sua aptidão de contratar e estabelecer livremente os direitos e obrigações de parte a parte.***
>
> ***143. Tais disposições não encerram conteúdo jurídico subjacente às cláusulas exorbitantes, com vistas a proteger interesse coletivo, como argumenta a Requerida, posto direcionadas à salvaguarda de interesses próprios e patrimoniais oriundos da relação privada pactuada com a Requerente.***
>
> ***144. O propósito, na realidade, é o de resguardar e incentivar o fiel cumprimento de todos os termos e condições do Contrato, como ocorre nos negócios em geral, e deriva da autonomia da vontade e dos pressupostos que norteiam a adequada e ordinária gestão empresarial. (fls. 164/166)*** (grifou-se)

1 ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no direito administrativo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 54, p. 25-63, jul.-set. 2017, tópico 2.

Acesso ao Sumário

Logo, a sentença arbitral ora questionada reconheceu que "*a aplicação de multa em desfavor da Requerida funda-se, assim, na culpa apurada e pronunciada no Procedimento Arbitral CMA 393/15*" (fl. 173), decidindo que:

> ***192. Resta, portanto, improcedente o pedido de fixação de penalidade contra a Requerida a título de multa por rescisão do Contrato, e procedente o pedido subsidiário de aplicação de multa em favor da Requerente "em decorrência do descumprimento contratual perpetrado pela SABESP", sendo desnecessário pautar-se a fixação do valor em critério que o Juízo Arbitral julgue razoável, dado estar embasado no mesmo montante apurado e adotado pela própria Requerida.*** (fl. 185)

Assim, não há como acolher o argumento de que a discussão travada no procedimento arbitral disse respeito à matéria inerente ao Estado, quando, em verdade, discutiu-se ato despido de prerrogativa especial, cujo objetivo é fixar relações jurídicas normais (de direito comum) entre a Administração e outras pessoas jurídicas[2].

As hipóteses de anulação de sentenças arbitrais pelo Poder Judiciário estão previstas no artigo 32 da Lei nº 9.307/96:

> ***Art. 32. É nula a sentença arbitral se:***
> ***I - for nula a convenção de arbitragem;***
> ***II - emanou de quem não podia ser árbitro;***
> ***III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;***
> ***IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;***
> ***VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;***
> ***VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e***
> ***VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.***
> ***Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.***
> ***(...)***
> ***§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.*** (destaques nossos)

A doutrina majoritária entende que o referido rol é taxativo e demanda interpretação restritiva[3].

2 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. Revista de Direito Administrativo. n. 248, p. 117-126, 2008. p. 121.

3 Sustentando o caráter exaustivo das hipóteses previstas no artigo 32 da Lei 9.307/1996, confira-se,

Acesso ao Sumário

Em homenagem e em atendimento ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, a Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem) prevê a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário para o controle da higidez da decisão arbitral. É o que se depreende de seu artigo 33, que dispõe sobre o cabimento de demanda para "*a decretação de nulidade da sentença arbitral*" e da ação de embargos do devedor para idêntico fim.

O controle exercido pelo Poder Judiciário restringe-se à verificação da validade da decisão arbitral, sem a possibilidade de qualquer incursão quanto à sua justiça ou acerto, o que se extrai do artigo 32 da Lei 9.307/1996, que, como mencionado, prevê em caráter taxativo as hipóteses a ensejar a invalidação da sentença arbitral.

Nenhuma das referidas hipóteses está ligada à correção de *errores in juridicando*, ou seja, das questões relativas ao direito material submetidas à jurisdição arbitral, permitindo apenas a correção de *errores in procedendo*.

A liberdade e autonomia de vontade das partes que permeia o procedimento arbitral repele o controle estatal quanto ao direito material da decisão arbitral, o que remete à ponderação de que a flexibilização extremada desse controle pelo Poder Judiciário implicaria, como alerta CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

> ***"um perigosíssimo fator de esvaziamento do instituto da arbitragem, pois comprometeria os fundamentos e objetivos deste – alongando litígios no tempo, encarecendo a produção da tutela definitiva, conferindo publicidade a assuntos que se pretendia tratar com discrição, renunciando aos conhecimentos especializados dos árbitros experts. Essa abertura atingiria também, na alma, um dos grandes pressupostos da opção arbitral, que é a boa-fé dos litigantes, que deve levá los a resignar se com os azares de uma decisão previamente aceita mediante o compromisso que firnaram."***[4]

FLÁVIO LUIZ YARSHELL sintetiza o cabimento da propositura de demanda para anulação de decisão arbitral:

> ***"(...) Daí decorrem, dentre outros, desdobramentos, igualmente reconhecidos: a sujeição só se dá em relação às partes que a contrataram o controle estatal da sentença proferida pelos árbitros é excepcional e suas hipóteses de cabimento devem ser interpretadas de forma estrita; não é admissível o controle do mérito da decisão arbitral, excluída, portanto, eventual revisão sobre eventual error in judicando; não se pode, a pretexto de falta de adequada motivação, pretender que o judiciário reveja os fundamentos de fato e de direito adotados pelo órgão arbi-***

Acesso ao Sumário

entre outros: Lobo, Carlos Augusto da Silveira; Leporace, Guilherme. Cumprimento e impugnação da sentença arbitral no Poder judiciário. RArb 30/199 e ss.

4 Dinamarco, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional, p. 331.

tral."[5]

Assim é que se conclui que deve haver uma maior rigidez na análise do cabimento do controle do Poder Judiciário sobre a sentença arbitral, visando apenas garantir a ordem pública e a observância dos princípios que regem a arbitragem.

O procedimento arbitral não possui o mesmo rigor do processo judicial, de forma que o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a sentença arbitral não deve considerar o formalismo exigido ao processo civil, sob pena de transformar o procedimento arbitral em um simulacro de processo judicial e maculando a própria razão de existência da arbitragem, que objetiva conferir uma maior flexibilidade, agilidade e celeridade para a resolução dos conflitos:

> ***"a sintonia entre as esferas do Poder Judiciário e da arbitragem será fator decisivo para a pacificação social e a implementação de resultado alvissareiro na composição de conflitos tencionada através da escolha do referido meio alternativo, vez que ambos os canais voltam-se para o escopo comum na realização do amplo conceito da garantia de acesso à justiça. E, na prática, quanto mais fluido for o relacionamento entre essas instâncias, maiores serão as possibilidades para que haja a prestação jurisdicional mais efetiva, embora, em princípio, supostamente objetivem resguardar valores contrapostos da segurança e celeridade. Essa contradição de propósitos e apenas aparente, já que, no âmago, tanto o juiz como o árbitro buscam a conciliação dessas grandezas no intento de melhor promover a aplicação do direito material, conferindo a efetiva fruição do bem da vida a seus titulares."***[6]

Com relação ao controle do Poder Judiciário sobre as sentenças arbitrais, são relevantes, ainda, as fundamentações utilizadas pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.660.963/SP:

> ***"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA ARBITRAL. CONFLITO DE INTERESSES DIRIMIDO PELO TRIBUNAL ARBITRAL, SURGIDO NO BOJO DE CONTRATO DE CESSÃO DE QUOTAS SOCIAIS.***
>
> ***1. HIPÓTESES DE CABIMENTO. TAXATIVIDADE. 2. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA ANTE O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL. NÃO OCORRÊNCIA. 3. LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA DO JULGADOR. FUNDAMENTAÇÃO COESA E COERENTE A EVIDENCIAR A DESNECESSIDADE, E MESMO IDONEIDADE, DA PROVA REQUERIDA. RECONHECIMENTO. 4. ALEGAÇÃO DE***

5 Yarshell, Flávio Luiz. Capítulo 23 - Ainda sobre o caráter subsidiário do controle jurisdicional estatal da sentença arbitral, in Processo Em jornadas – XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual – XXV Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, p. 312.

6 Nagao, Paulo Issamu. Do controle judicial da sentença arbitral, 2013, p. 201.

Acesso ao Sumário

VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO DE ORDEM PÚBLICA (BOA-FÉ OBJETIVA). PRETENSÃO DE REVISAR A JUSTIÇA DA DECISÃO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. O excepcional controle judicial promovido por meio de ação anulatória, prevista no art. 33 da Lei n. 9.307/1996, não pode ser utilizado como subterfúgio para se engendrar o natural inconformismo da parte sucumbente com o desfecho conferido à causa pelo Juízo arbitral, como se de recurso tratasse, com o simples propósito de revisar o mérito arbitral. 1.1 A ação anulatória de sentença arbitral há de estar fundada, necessariamente, em uma das específicas hipóteses contidas no art. 32 da Lei 9.307/1996, ainda que a elas seja possível conferir uma interpretação razoavelmente aberta, com o propósito de preservar, em todos os casos, a ordem pública e o devido processo legal e substancial, inafastáveis do controle judicial.

2. O exame quanto à suficiência das provas ou à necessidade de realização de determinada prova é providência que compete exclusivamente ao juiz da causa, no caso, o Tribunal arbitral, afigurando-se corolário do princípio do livre convencimento motivado. O indeferimento de determinada prova, desde que idoneamente fundamentado pelo juízo arbitral, não importa em ofensa ao contraditório.

3. Da fundamentação expendida pelo Tribunal arbitral, constata-se que a fixação do preço das quotas sociais pressupôs não apenas o conhecimento, mas, principalmente, o assentimento das partes contratantes acerca da situação contábil da sociedade por ocasião da realização do negócio jurídico. Logo, qualquer débito ali constante não poderia ser compreendido como "oculto", conclusão, é certo, que dispensou a realização de perícia contábil. De seus termos, é possível inferir, claramente, que a realização de prova pericial, a recair justamente sobre a contabilidade da sociedade empresarial – conhecida e utilizada pelas partes para o estabelecimento do preço do negócio jurídico na sequência perfectibilizado – seria de todo inútil à identificação de algum débito oculto, sem que houvesse a individualização mínima deste pela parte interessada, providência absolutamente factível, já que perpetrou, sponte propria, a retenção do valor do pagamento com base, naturalmente, em débitos específicos.

3.1 Diante da coesa e substancial fundamentação adotada pelo Tribunal arbitral, a não realização da prova pericial contábil requerida, considerada desnecessária ao deslinde da controvérsia pelo Tribunal arbitral, não encerrou vilipêndio aos princípios do contraditório e da ampla defesa, apto a ensejar a anulação da sentença arbitral, mas, sim, consectário do livre convencimento motivado do Juízo arbitral.

Acesso ao Sumário

4. Em que pese o alto grau de indeterminação do conceito de "ordem pública" – variável dado o momento histórico –, este deve compreender toda a gama de princípios e valores incorporados na ordem jurídica interna, com alto grau de normatividade, portanto, que se revelem fundamentais ao Estado, razão pela qual são de observância obrigatória pelo direito estrangeiro (como condição de eficácia) e, por interpretação ampliativa, pelo Juízo arbitral.

4.1 A compreensão adotada pelo Tribunal arbitral de que o comportamento contratual da recorrente ensejou o desequilíbrio contratual ajustado pelas partes e enriquecimento indevido, não importa em ofensa à ordem pública, mostrando-se absolutamente possível, segundo o direito brasileiro, eleito pelas partes para dirimir o mérito do conflito de interesses – não se tecendo, no ponto, nenhuma consideração de mérito, se acertada ou não a decisão arbitral.

4.2 A argumentação expendida pela insurgente de que a sentença arbitral violou o princípio da boa-fé objetiva evidencia, às escâncaras, o propósito de revisar a justiça da decisão arbitral, a refugir por completo das restritas e excepcionais hipóteses de cabimento da ação anulatória.

5. Recurso especial improvido."

(REsp 1660963/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 29/03/2019)

No referido julgado, o C. Superior Tribunal de Justiça tomou por premissa a excepcionalidade da intervenção estatal nas decisões arbitrais, bem como que as hipóteses de anulação de sentenças arbitrais, arroladas no artigo 32 da Lei nº 9.307/96, não admitem que o Poder Judiciário reanalise questões de mérito da sentença proferida, uma vez que as partes, ao celebrar a convenção de arbitragem, afastam a atuação estatal.

Pelo caminho trilhado pelo C. Superior Tribunal de Justiça em sua fundamentação, neste ponto, deduz-se que a Corte procurou reforçar sua linha argumentativa – de que não poderia revisitar o juízo de convencimento do Tribunal Arbitral – por meio de uma avaliação quanto a coerência dos fundamentos trazidos pelos árbitros.

Assim, não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se na atividade arbitral, exceto em situações excepcionais, o que não se verifica na hipótese dos autos. A restrição se justifica justamente para garantir segurança jurídica àqueles que se submetem à arbitragem como forma de solução de litígio, tornando-a útil, eficaz e atraente.

A penalidade contratual discutida no Procedimento Arbitral CMA 628-19 diz respeito à relação endocontratual das partes, não se tratando de penalidade regulatória ou sanção advinda do poder de polícia da Administração Pública, correspondendo a multa contratual, de natureza patrimonial disponível, que

Acesso ao Sumário

pode ser transacionada, destacando-se que:

> ***Como a rescisão do contrato administrativo, em regra, decorre de conflitos que envolvem direitos patrimoniais e disponíveis, esse tipo de desfazimento pode ser solucionado por meio da convenção de arbitragem, afastando-se a Administração e o contratado da apreciação do conflito pelo Judiciário. Solução dessa natureza guarda consonância com o princípio da eficiência, permitindo maior celeridade das soluções para os litígios administrativos.***[7]

Dessa forma, a tentativa da autora de revisar a decisão do juízo arbitral é contrária ao próprio sistema dos procedimentos arbitrais, dado que a revisão de mérito da sentença arbitral é indevida.

A sentença arbitral questionada está bem fundamentada e o procedimento não se refere a direito indisponível da Administração Pública ou de cláusula exorbitante, prerrogativa do Poder Público, ocupando-se de penalidade contratual decorrente de má-prática da autora, apurada em outro procedimento arbitral.

Logo, não resta configurada qualquer hipótese de nulidade ou anulabilidade da sentença arbitral, sendo que a mera discordância da parte sobre a interpretação dos fatos e o resultado do procedimento arbitral não justifica a propositura da ação anulatória da sentença arbitral, tendo em vista que não cabe ao Poder Judiciário rever o mérito da decisão.

Por fim, a Sabesp pretende a aplicação equitativa dos honorários advocatícios fora dos casos previstos no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Em que pese o esforço da autora, não é o caso de se afastar as determinações do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil. No específico caso dos autos, trata-se de condenação cujo valor, apesar de alto, não representa montante exorbitante e serve também para coibir a propositura descabida de ações judiciais visando anular sentença arbitral por mero inconformismo com o seu resultado.

A discussão dos autos é travada entre as partes desde 2015, tendo a autora acionado o Poder Judiciário para discutir questão já dirimida no juízo arbitral.

Assim, a manutenção dos honorários, *in casu* na forma do artigo 85, § 3º, do CPC, prestigia o trabalho dos advogados, que possuem importante papel no acesso e garantia da justiça, em observância aos atos processuais necessários à defesa dos interesses patrocinados e ao convencimento do magistrado, e não resultará em verba honorária excessiva ao patrono da parte autora. Do mesmo modo, não há violação de preceitos constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade no caso.

Deste modo, a r. sentença merece pequeno ajuste para condenar a Sabesp ao pagamento de honorários advocatícios na forma do artigo 85, no menor percentual dos incisos do § 3º, quando da liquidação do valor devido.

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, v. 2, p. 50, 2012.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso interposto, com observação quanto à adequação da condenação escalonada ao pagamento de honorários advocatícios na forma do artigo 85, § 3º do Código de Processo Civil.

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 de Apelação Cível nº 1000507-95.2018.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante SIQUEIRA COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LTDA., é apelado MUNICÍPIO DE BAURU.

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 14.932)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2024.

KLEBER LEYSER DE AQUINO, Presidente e Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – Pretensão de obter o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, com a condenação do apelado ao pagamento de valores relativos, em síntese, à realocação de cabeamento de telefone e de fibra óptica e à escavação manual; obter o reajuste dos preços do contrato; indenização por lucros cessantes, juros de mercado e custos indiretos; indenização por danos morais; declaração de nulidade da rescisão unilateral do contrato realizada pelo apelado; imputação do desfazimento da avença ao apelado; e afastamento ou redução da multa contratual cobrada pelo apelado – Sentença de improcedência – Pleito de reforma da sentença – Não cabimento – PRELIMINAR da apelante – Cerceamento de defesa – Afastamento – Devidamente intimada a se manifestar a respeito da instrução probatória, a apelante informou não ter interesse na produção de provas – MÉRITO – Para

Acesso ao Sumário

que ocorra o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve sobrevir fato imprevisível ou previsível com consequências incalculáveis, nos termos do art. 65, II, "d", da Lei Fed. nº 8.666, de 21/06/1993 – A necessidade de escavação manual ou de realocação de cabeamento de telefone e de fibra óptica não é fato imprevisível ou previsível com consequências incalculáveis na obra contratada pelas partes, especialmente quando a visita técnica para apuração das necessidades da obra era expressamente prevista no edital de licitação – Reajuste financeiro que deveria ocorrer após 12 (doze) meses contados da assinatura do contrato, de maneira que o pedido anterior ao referido prazo, formulado pela apelante, deveria mesmo ser indeferido pela Administração Pública – Inexistência de comprovação de pedido feito pela apelante após o referido prazo – Por não serem devidos o reequilíbrio econômico-financeiro e o reajuste dos preços, não há que se falar em indenização por lucros cessantes, juros de mercado e custos indiretos – Inexistência de inadimplemento por parte do apelado, de maneira que, ante a incontroversa paralisação da obra por parte da apelante, esta deu causa à instauração de processo administrativo, que culminou com a rescisão unilateral do contrato e a aplicação de multa, nos termos do art. 78, I, da Lei Fed. nº 8.666, de 21/06/1993 e do contrato administrativo celebrado pelas partes – Impossibilidade de declarar a nulidade da rescisão unilateral do contrato, tampouco de imputar ao apelado a culpa pela rescisão – Multa devida, conforme disposição expressa da avença celebrada pelas partes, em montante correspondente a 10% do valor total do contrato, devendo este ser fielmente observado – Impossibilidade de afastamento ou redução da multa contratual – Diante do inadimplemento desta por parte da apelante, devida a inscrição de seu nome perante o cadastro de inadimplentes, não havendo que se falar em indenização por danos morais – Sentença mantida – APELAÇÃO não provida – Sem majoração de honorários advocatícios, tendo em vista a sua fixação em 10% (dez por cento) do valor da causa (R$ 513.830,75, de

Acesso ao Sumário

06/12/2021), patamar máximo permitido pelo art. 85, § 3º, inc. II, do CPC.

VOTO

Trata-se de **apelação** interposta por **Siqueira Comércio e Construção Ltda**. contra a r. **sentença** (fls. 4.311/4.322), proferida nos autos da **AÇÃO ORDINÁRIA**, ajuizada pela apelante em face do **Município de Bauru**, que **julgou improcedente a ação**. Pela sucumbência, a apelante foi **condenada** a pagar custas/despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

Alega a apelante no presente recurso (fls. 4.327/4.356), em síntese e em preliminar, o cerceamento de defesa, pois pleiteou pela realização de prova pericial, que foi indeferida pelo Juízo "a quo" por entender que a matéria estaria preclusa. No mérito, sustenta que celebrou contrato administrativo nº 7853/2015, oriundo da licitação na modalidade concorrência pública nº 01/2015, cujo objeto era a execução de serviços de engenharia de 52.015,70m² de pavimentação asfáltica sobre base de brita graduada, 11.872,60m de guias sarjetas extrusadas, 262 unidades de rampa de acessibilidade, 16.836,90m² de calçadas e 2.443,00m de galerias de águas pluviais. Alega que o contrato previa prazo de execução dos serviços de 18 (dezoito) meses, contado a partir da ordem de início, prazo de 24 (vinte e quatro) meses de vigência, contado a partir da assinatura, e valor global de R$ 4.988.307,57 (quatro milhões, novecentos e oitenta e oito mil, trezentos e sete reais e cinquenta e sete centavos), sem prejuízo do reajuste dos preços após 12 (doze) meses da assinatura pelo INCC. Sustenta que, uma vez iniciada a execução das obras, deparou-se com uma realidade fática diversa daquela planejada pelo apelado, que deixou de especificar os serviços de realocação de cabeamento de rede telefônica e de fibra óptica e os serviços de escavação manual do solo no bairro Parque Santa Cândida, erigido sobre uma rede de tubulação de água e esgoto sujeita a vazamentos, rompimentos e acidentes. Alega que pleiteou o reequilíbrio econômico-financeiro em 17/08/2.016, através do acréscimo de R$ 32.906,03 (trinta e dois mil, novecentos e seis reais e três centavos), para viabilizar a realocação dos postes e da fiação, o que foi indeferido pelo apelado. Posteriormente, em 09/11/2016, a apelante expôs ao apelado que até o momento já havia executado serviços de escavação manual não previstos em contrato e que ainda seria necessário executar serviços dessa natureza para atingir a finalidade do contrato que apenas havia trazido previsão de serviços de escavação mecânica, de maneira que essa alteração perfazia o montante de R$ 869.939,33 (oitocentos e sessenta e nove mil, novecentos e trinta e nove reais e trinta e três centavos). Subsidiariamente, pleiteou ao apelado que realizasse a rescisão amigável do contrato, caso fosse indeferido o segundo pedido de restabelecimento econômico-financeiro, o que foi indeferido. Alega que, paralelamente a tudo

Acesso ao Sumário

isso, em 23/09/2016, pediu a aplicação do reajuste pelo INCC, o que também foi indeferido em razão de não ter ocorrido o prazo de 12 (doze) meses. Alega que, à essa altura, a apelante já estava fazendo uso do direito de suspensão da execução da obra, nos termos do artigo 78, inciso XV, da Lei Federal nº 8.666, de 21/06/1993, mas que o apelado entendeu que se tratava de abandono das obras, iniciando apuração administrativa para rescindir unilateralmente o contrato por inadimplência da apelante, impondo multa de 10% (dez por cento) sobre o valor contratual. Após o devido processo legal, afirma que houve a rescisão unilateral do contrato com aplicação de penalidade à apelante em 09/06/2017, mantida em sede recursal administrativa. Alega que possui ampla experiência em obras privadas e públicas, destacando que os serviços de escavação mecânica e escavação manual são previstos de forma separada, de modo a permitir a compreensão da proposta econômica. Afirma que o custo é maior, destacando ainda que vivenciou episódios de rompimento da tubulação subterrânea, não podendo a apelante suportar gastos incorridos com a escavação manual do solo quando a previsão era de escavação mecânica. Entende que a situação não é corriqueira, devendo haver o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Sustenta que não houve inadimplemento de sua parte, pois estava exercendo o direito de suspender o contrato em razão do inadimplemento do apelado, pois era devido o reajuste do contrato administrativo em 23/09/2.016. Suscita ser notório que o apelado pretendia encontrar meios para rescindir a avença e celebrar contrato com a segunda colocada no certame. Subsidiariamente, afirma que a multa deve ser reduzida, devendo ter por base de cálculo o saldo contratual existente e não o valor total do contrato. Alega que executou grande parte das obras, devendo a multa ser diminuída. Além do restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato, por meio da condenação do apelado ao pagamento de reajuste anual dos preços e pelos serviços de escavação manuais, pretende a apelante indenização por danos morais em razão da inscrição indevida de seu nome perante o cadastro de inadimplentes, pagamento pelos juros de mercado, lucros cessantes pelo encerramento prematuro do contrato e ressarcimento pelos custos de despesas indiretas e pela ociosidade de sua equipe. Subsidiariamente, pretende a declaração de nulidade da rescisão unilateral do contrato e da aplicação da multa, do desfazimento do ajuste público por culpa exclusiva do apelado e de inexistência de obrigações a serem cumpridas, com a redução da multa. Pede a reforma da r. sentença.

Em contrarrazões (fls. 4.363/4.375), alega o apelado, em síntese, que apenas pequenos pontos de limpeza e conexão necessitaram de escavação manual, o que é absolutamente normal e corriqueiro neste tipo de obra. Afirma que em contratos semelhantes as mesmas intercorrências foram verificadas e nenhuma das outras empresas contratadas pediu acréscimo de valor. Alega que a retirada e a realocação dos postes de energias e demais custos envolvidos estão contem-

Acesso ao Sumário

plados no item 7 da planilha de custos da licitação. Aponta que o certame previu a possibilidade de realização de visita técnica pelos concorrentes justamente para análise do local em que as obras se realizariam. Sustenta que não foram juntados documentos imprescindíveis à comprovação do alegado pela apelante, o que não permite qualquer deferimento de acréscimo de valores ao contrato. O reajuste contratual de preços deve ser aplicado apenas após 12 (doze) meses de vigência do contrato, não sendo justificada a paralisação das obras por parte da apelante. Alega que todos os pedidos administrativos feitos pela apelante foram analisados. Aponta que, diante do inadimplemento contratual, a multa é devida no montante de 10% do valor total do contrato. Impugna os demais pedidos da apelante. Pede a manutenção da r. sentença.

Recurso tempestivo e recebido, nesta ocasião, no duplo efeito, por este Relator, nos termos do artigo 1.012, "caput", do Código de Processo Civil.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

Inicialmente, afasto a preliminar de **cerceamento de defesa**, alegada pela apelante.

Intimadas as partes para manifestarem interesse na produção de provas (fl. 3.620), a apelante informou que não havia questões processuais pendentes ou atividade probatória necessária para a comprovação dos fatos descritos, pedindo o julgamento de sua pretensão (fls. 3.622/3.624).

Dessa maneira, não há que se falar em **cerceamento de defesa** quando a própria apelante informou que não tinha mais interesse na produção de provas, razão pela qual a alegação da preliminar em sede de apelação é contraditória com o seu próprio comportamento pretérito.

Portanto, afasto a preliminar de cerceamento de defesa.

Superada a preliminar, passo ao mérito.

A controvérsia reside em se examinar a ocorrência de fato que permita a revisão do contrato administrativo firmado entre as partes, com fundamento no reequilíbrio econômico-financeiro.

Extrai-se dos autos que as partes celebraram o contrato administrativo nº 7.853/2015, em virtude de a apelante ter se sagrado vencedora da licitação na modalidade concorrência pública nº 001/2015, destacando-se se tratar de contrato de empreitada por preço global, com fornecimento de materiais e mão de obra para execução de guias, sarjetas extrusadas, pavimentação asfáltica sobre base de brita graduada e rampa de acessibilidade no bairro do Parque Santa Cândida, em Bauru/SP.

Pois bem, o contrato foi assinado pelas partes em 08/12/2015, havendo o prazo de três dias corridos para início dos serviços, contados a partir do recebimento da ordem de serviço da Secretaria Municipal de Obras, e o prazo de dezoito meses para a execução dos serviços, contados a partir da data de recebimento da ordem de serviço.

Acesso ao Sumário

No mais, o contrato prevê prazo de vigência de vinte e quatro meses, a contar de sua assinatura, podendo ser prorrogado a critério das partes, havendo expressa previsão de que somente poderá ser concedido reajuste de preços depois do decurso do prazo de doze meses, contados da assinatura, desde que requerido pelo contratado, sem efeitos retroativos, pelo índice INCC (fl. 61).

Por fim, na hipótese de **atraso injustificado na execução do contrato** ou de **sua inexecução parcial**, o contrato prevê que o apelado poderá aplicar as **sanções** de advertência, multa de 10% do valor total do contrato em caso de rescisão unilateral, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, além de declaração de inidoneidade de licitar e/ou contratar com a Administração Pública (fl. 64).

Por sua vez, no **edital** da licitação, há previsão de que a visita técnica por parte dos licitantes é obrigatória, dispondo, ainda, que correrão por conta e risco da licitante vencedora todas as despesas resultantes da execução do contrato (fls. 80/81).

Com efeito, o artigo 65, inciso II, alínea "d", da Lei Federal nº 8.666, de 21/06/1993[1] prevê que os contratos administrativos poderão ser alterados para "restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual".

Na intenção de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de forma administrativa, a apelante encaminhou notificação ao apelado.

Sobre a questão do equilíbrio econômico-financeiro contratual, na compreensão de Diogenes Gasparini[2], "é a relação de igualdade entre os encargos do contratante particular e a corresponde remuneração a que faz jus, fixada no contrato administrativo para a justa compensação do pactuado".

Anote-se que a álea administrativa classifica-se em ordinária, compreendendo evento desfavorável e previsível, ou extraordinária, quando decorrente de evento imprevisível, o qual produza excessiva onerosidade ao contrato, sendo

1 Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
II. por acordo das partes:
d. para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de **sobrevirem fatos imprevisíveis,** ou **previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores** ou **impeditivos da execução do ajustado**, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

2 Cf. GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 5.ª ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 541.

Acesso ao Sumário

esta última que dá ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Neste último caso, aplica-se a "teoria da imprevisão", que, de acordo com o ensinamento de Hely Lopes Meirelles[3]. "Verbis":

> A 'teoria da imprevisão' consiste no reconhecimento de eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a ela não imputáveis, refletindo sobre a economia e a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. É a aplicação da velha cláusula 'rebus sic stantibus' aos contratos administrativos, a exemplo do que ocorre nos ajustes privados, a fim de que sua execução se realize sem a ruína do contratado, na superveniência de fatos não cogitados pelas partes, criando um ônus excessivo para uma delas, com vantagem desmedida para a outra.
>
> (...)
>
> Todavia, somente a 'álea econômica extraordinária e extracontratual', desequilibrando totalmente a equação financeira estabelecida pelas partes, autoriza a aplicação da cláusula 'rebus sic stantibus'.
>
> (...).

Observa-se que apenas a álea administrativa extraordinária implica aplicação da teoria da imprevisão. De outro modo, a álea será ordinária, e não acarretará qualquer tipo de revisão contratual, conforme destacado por Maria Sylvia Zanella di Pietro[4]. "Verbis":

> Se for fato previsível e de consequências calculáveis, ele é suportável pelo contratado, constituindo álea econômica ordinária; a mesma conclusão, se se tratar de fato que o particular pudesse evitar, pois não será justo que a Administração responda pela desídia do contratado; só o desequilíbrio muito grande, que torne excessivamente onerosa a execução para o contratado, justifica a aplicação da teoria da imprevisão, pois os pequenos prejuízos, decorrentes de má-previsão, constituem álea ordinária não suportável pela Administração. (grifei)

Pois bem, é incontroverso nos autos que não há previsão específica de que a **escavação manual** seria necessária, havendo previsão na planilha orçamentária da licitação de que haveria "escavação de vala não escorada em material de 1ª categoria com profundida de 1,5 até 3m com retroescavadeira 75hp".

Assim, deve-se verificar se a necessidade da escavação manual é um fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis ou se esta compõe a álea ordinária do objeto do contrato administrativo celebrado pelas partes.

Em que pese os argumentos da apelante, compreendo que a escavação manual não é fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis em obras, razão pela qual não é possível determinar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois cabia à apelante, ainda na fase de participação da

Acesso ao Sumário

3 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes et ali. Direito Administrativo Brasileiro. 39.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 250-251.

4 Cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 27.ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 297.

licitação, realizar a **visita técnica**, apurando de maneira específica as necessidades da obra e, consequentemente, dimensionando os custos necessários para a sua realização, oportunidade, inclusive, para apresentar impugnação ou questionamentos acerca de quaisquer divergências relacionadas ao edital e o local de obra.

Trago à baila considerações, acerca da finalidade da visita técnica em licitação, feitas pelo Tribunal de Contas da União no acórdão de n° 4968/2.011, Rel. Min. Raimundo Carreiro, Segunda Câmara, processo n° 023.890/2.010-0, Data de Julg. 12/07/2011:

> 11.1.3.1. A visita de vistoria tem por objetivo dar à Entidade a certeza e a comprovação de que todos os licitantes conhecem integralmente o objeto da licitação e, via de consequência, que suas propostas de preços possam refletir com exatidão a sua plena execução, evitando-se futuras alegações de desconhecimento das características dos bens licitados, resguardando a Entidade de possíveis inexecuções contratuais.
>
> 11.1.3.2. Portanto, a finalidade da introdução da fase de vistoria prévia no edital é propiciar ao proponente o exame, a conferência e a constatação prévia de todos os detalhes e características técnicas do objeto, para que o mesmo tome conhecimento de tudo aquilo que possa, de alguma forma, influir sobre o custo, preparação da proposta e execução do objeto. (grifei)

Ora, o fato de a escavação ocorrer ou não por meio de máquinas é situação que poderia ter sido contemplada pela apelante quando da realização da visita técnica, frise-se, obrigatória, especialmente porque, como a própria apelante aponta, esta é uma empresa experiente em realização de obras privadas e públicas, de maneira que é conhecedora dos pontos em que, em regra, é possível ou não a utilização de máquinas para a escavação.

Também não demonstrou a apelante que esse "acréscimo" pela escavação manual seria de "consequências incalculáveis".

Na verdade, o que se observa, é que houve falha da apelante ao mensurar seus custos, ao não ser diligente no que concerne à vistoria prévia.

Dessa maneira, compreendo que a escavação manual não constitui fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis a ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado pelas partes.

No tocante à **realocação de cabeamento de rede telefônica e de fibra óptica**, há previsão na planilha orçamentária da licitação do custo com a "remoção e realocação de postes de energia" (item 7 – fl. 3.521), alegando a apelante que a referida previsão era insuficiente, pois deveria constar também os serviços para a retirada de cabos telefônicos e de fibra óptica.

Novamente, não compreendo que a realocação de cabeamento de rede telefônica e de fibra óptica constitua fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis pela apelante, mais uma vez nada sendo demonstrado neste sentido, especialmente quando é notório que tais cabos estão envoltos em

Acesso ao Sumário

postes de energia elétrica.

Assim, tratando-se de situação previsível e ordinária, deveria a apelante ter corretamente dimensionado os custos da sua proposta, envolvendo a realocação de cabeamento de rede telefônica e de fibra óptica, não podendo após ter se sagrado vencedora alegar o desconhecimento de tais despesas, especialmente quando realizada a visita técnica.

Ademais, importante anotar, que a apelante não juntou nos autos documento assinado por profissional habilitado demonstrando que, mesmo com a vistoria técnica, não seria possível verificar a necessidade de tais serviços, quais sejam, realocação de rede telefônica, fibra ótica e escavação manual.

Logo, igualmente, também não prospera a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro em razão da necessidade de realocação de cabeamento de rede telefônica e de fibra óptica.

Ressalte-se para que se promova o reequilíbrio econômico-financeiro pleiteado o legislador exige a álea extraordinária representada pela ocorrência de fatos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis, que alterem profundamente a execução do contrato administrativo. E não é o caso dos autos.

Assim, não há como considerar a ocorrência de fatos novos, superveniente ao contrato, que não podiam ser previstos pela apelante. Frise-se, trata-se de empresa experiente em realização de obras desta natureza. A visita técnica e o confronto cuidadoso de dados são providências de rotina para participação em licitações, cujo pré-requisito é a expertise das empresas que apresentem propostas. Ainda que não haja previsão específica relacionada à escavação manual, bem como a realocação de cabeamento da rede telefônica e de fibra ótica, é de se esperar, repita-se, que a empresa com a experiencia da apelante tenha conhecimento quanto à possibilidade de ocorrência de tais intercorrências.

Em suma, não houve alteração unilateral do contrato, tampouco superveniência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis a ensejar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Não há, portanto, elementos que justifiquem o pretendido reequilíbrio do contrato.

Acesso ao Sumário

Relativamente ao **reajuste de preços** pleiteado administrativamente pela apelante, verifica-se que, conforme expressa previsão contratual, este somente poderia ser realizado após doze meses da **assinatura** do contrato, que, no caso, ocorreu em 08/12/2015.

Dessa maneira, apenas a partir de 08/12/2016 a apelante poderia ter pleiteado o referido reajuste de preços, de maneira que o pedido formulado em 23/09/2016 por ela deveria ser mesmo indeferido pelo apelado, como de fato ocorreu após decisão deste em 24/10/2016.

Assim, ao contrário do quanto alegado pela apelante, não havia mora do apelado por prazo superior a 90 (noventa) dias que permitisse o exercício do

direito de suspensão da obra, pois não há nenhuma comprovação de que, após o prazo de doze meses da assinatura do contrato, a apelante tenha realizado novo pedido de reajuste de preços.

Vale lembrar que a apelante estava ciente dos termos do edital e do contrato administrativo antes da celebração do negócio jurídico. Ciente das disposições acerca do reajuste concordou em participar da licitação e firmar o contrato, não pode agora alegar ilegalidade, porquanto anuiu com as cláusulas avençadas no contrato.

Consta na cláusula segunda do contrato no seu item 2.9 (fl. 61):

> 2.9. Somente poderá ser concedido reajuste do contrato depois do decurso do prazo de 12 (doze) meses, contados da assinatura, desde que requerido pelo contratado, sem efeitos retroativos, adotando-se, para tanto, a aplicação do índice Nacional de Preços da Construção Civil - INCC da FGV, ou outro índice que venha substituí-lo por força de determinação legal. (grifei)

Logo, compreendo que houve indevida **paralisação da obra** por parte da apelante, já que, como dito, inexistente mora do apelado superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração Pública, nos termos do artigo 78, inciso XV, da Lei Federal nº 8.666, de 21/06/1993[5].

Consequentemente, mostra-se regular a instauração de processo administrativo para apuração da indevida paralisação da obra por parte da apelante, destacando-se que a Administração Pública não está "obrigada" a rescindir amigavelmente o contrato administrativo, devendo obediência à lei, especialmente quando constatado o inadimplemento da apelante relativamente à execução da obra objeto do contrato.

Logo, a rescisão unilateral do contrato administrativo por culpa da apelante, mediante iniciativa da Administração Pública, é medida cabível, nos termos do artigo 78, inciso I, da Lei Federal nº 8.666, de 21/06/1993[6].

Por consequência, não é possível declarar a nulidade da rescisão unilateral do contrato e da aplicação da multa, nem declarar a inexistência de obrigações a serem cumpridas pela apelante, tampouco imputar o desfazimento do ajuste público ao apelado.

Ainda, no tocante à **multa contratual**, a avença celebrada pelas partes expressamente prevê que esta será de 10% do valor total do contrato, sendo aplicada com observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não podendo a apelante insurgir-se contra esta.

Acesso ao Sumário

5 Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
XV. o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

6 Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
I. o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

Ressalte-se que a apelante paralisou a obra após ter seus pedidos de reajuste de preço e reequilíbrio econômico-financeiro do contrato indeferidos, sem prévia comunicação ao apelado. Deveria a apelante ter prosseguido na execução do contrato, e pleiteado, pelas vias adequadas, já que entendia ser um direito legítimo, a rescisão indireta, antes de qualquer paralização, como assim o fez, após ter sido penalizada.

O suposto inadimplemento da administração, ao não conceder o reajuste do preço pleiteado, não autoriza ao particular contratado deixar de cumprir com a sua obrigação contratual. Restou demonstrado, ainda, que não houve oneração excessiva de modo a impedir a continuidade do contrato. Observa-se que o valor firmado no contrato foi de R$ 4.988.307,57 (quatro milhões, novecentos e oitenta e oito mil, trezentos e sete reais e cinquenta e sete centavos) e o valor do reajuste pleiteado de R$ 869.939,33 (oitocentos e sessenta e nove mil, novecentos e trinta e nove reais e trinta e três centavos), o que representa montante inferior a 20% (vinte por cento) do valor total do contrato. Portanto, devida a cobrança da multa pelo descumprimento contratual, e que ensejou a rescisão unilateral por parte do apelado.

Ademais, quanto ao pedido de **diminuição do valor da multa**, mesmo que assim se entendesse possível, a apelante deixou de informar na apelação qual a porcentagem da obra efetivamente concluída, de maneira que sequer é possível cogitar a redução da multa, destacando- se, novamente, que o contrato administrativo prevê expressamente o seu montante em 10% do valor total do contrato, o que não se afigura desproporcional ou excessiva, estando revestida de proporcionalidade e adequação.

Assim, não havendo ilegalidade na conduta administrativa, não há que se falar em afastamento ou redução da penalidade aplicada pelo apelado, devendo a multa ser paga pela apelante nos estritos termos contratuais.

Consequentemente, havendo o inadimplemento do valor pela apelante, não há que se falar em negativação indevida de seu nome perante o cadastro de inadimplentes, razão pela qual igualmente é afastada a indenização por **danos morais**.

Por fim, apenas para fins de afastar qualquer omissão, observo que não há valores a serem pagos à apelante (juros de mercado, lucros cessantes, custos de despesas indiretas e pela ociosidade de sua equipe), pois o reequilíbrio econômico-financeiro e o reajuste de preços eram, ambos, indevidos.

Desta forma, de rigor a manutenção da r. sentença.

Deixo de majorar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, tendo em vista a sua fixação em 10% (dez por cento) do valor da causa (R$ 513.830,75, de 06/12/2021), patamar máximo permitido pelo artigo 85, parágrafo 3º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à presente **apelação**, para **manter** a r. **sentença** por seus próprios fundamentos, acrescidos dos aqui expostos. Majoro os honorários advocatícios, como consta acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1030726-72.2023.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONSTRUTORA CARMO COURI, é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.784)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2024.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: APELAÇÃO. PEDIDO DE EMISSÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO SEM RESSALVAS. Imóvel arrematado em leilão. Débitos anteriores à arrematação sub-rogam-se no preço. Adquirente que recebe o bem livre de dívidas. Direito a Certidão Negativa de Débitos sem ressalvas quanto a débitos anteriores a arrematação. Sentença reformada.
RECURSO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por *CONSTRUTOTRA CARMO COURI* contra r. sentença que denegou segurança em *mandamus* que objetiva a expedição de certidão negativa de débitos, sem ressalvas quantos a débito anteriores a arrematação.[1]

Alega o apelante, em suma, que a certidão negativa de débitos não pode conter ressalvas quanto aos débitos do período de 2011 a 2019 por serem anteriores à arrematação. No que se refere aos débitos dos anos de 2020 a 2023 o impetrante desistiu da impetração, em razão do direito já ter sido reconhecido na via administrativa.[2]

1 Fls. 278-280, de lavra do MM. Juiz Dr. ADRIANO MARCOS LAROCA, cujo relatório se adota.
2 Fls. 285-298.

Apresentada as contrarrazões.[3]

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Com efeito a aquisição de imóvel em hasta pública caracteriza aquisição originária. O arrematante adquire o imóvel livre de débitos anteriores a arrematação. Eventuais débitos anteriores sub-rogam-se no preço pago, nos termos do artigo 130, parágrafo único do CTN.

"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 subrogam-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."

O adquirente recebe o imóvel desonerado de qualquer ônus tributário no período anterior a arrematação. Fato, inclusive admitido pelo requerido. Ambas as partes concordam quanto ao fato de o adquirente não ser responsável pelos débitos anteriores a arrematação, existindo divergência apenas quanto a possibilidade de expedição de certidão negativa de débito.

Uma vez que o arrematante recebe o imóvel livre de qualquer ônus tem o direito a expedição de certidão negativa de débito do imóvel, sem qualquer ressalva, visto que não existe mais débito a ele vinculado. Como dito, o débito existente sub-roga-se no valor pago no leilão.

Observe-se que o reconhecimento do direito do arrematante em obter certidão negativa de débito sem ressalva, não implica em extinção do crédito tributário que esta sub-rogado no preço do leilão.

Pelo exposto, é de se dar provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000924-25.2017.8.26.0090, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado GETNET ADQUIRENCIA E SERVIÇOS PARA MEIOS DE PAGAMENTO S.A.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.744)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RAUL DE FELICE (Presidente), ERBETTA FILHO e SILVA RUSSO.

3 Fls. 310-317.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2024.
RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à execução fiscal – Autos de Infração e Imposição de Multa lavrados em razão da ausência de recolhimento do ISS no período de 2009 a 2013 – Município de São Paulo – Serviços de processamento de dados (captura e transmissão de dados) – A competência para arrecadar e fiscalizar é do município onde está localizado o estabelecimento prestador dos serviços – Aplicação do artigo 3º da LC 116/03 – Constatação pelo laudo pericial de que os serviços foram prestados no estabelecimento da embargante localizado em Campo Bom/RS – Incompetência do Município de São Paulo – Pretensão de fixação dos honorários advocatícios nos moldes do § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil – Impossibilidade – Valor atribuído a causa que não se revela inestimável ou irrisório a justificar a aplicação da equidade – Manutenção da verba honorária fixada no piso legal previsto nos incisos do § 3º do artigo 85 do CPC, sobre o valor atualizado da causa, majorada em meio ponto percentual por aplicação do § 11 do mesmo artigo – Entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema 1076 – Sentença mantida – Recursos oficial e voluntário do Município não providos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos à execução fiscal ajuizados por **GETNET ADQUIRENCIA E SERVIÇOS PARA MEIOS DE PAGAMENTO S.A.** em face da **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO** julgados procedentes pela r. sentença de fls.2.831/2.840 integrada pela rejeição dos embargos de declaração às fls.2.879/2.880 para extinguir a execução fiscal nos termos do artigo 924, inciso III do CPC, ao fundamento de que o ISSQN é devido ao Município onde é prestado efetivamente o serviço, pois é lá que ocorre o fato gerador do tributo, independentemente do local da sede ou filial da empresa prestadora; os serviços foram prestados em Campo Bom/RS, de modo que não poderia o Município de São Paulo autuar a embargante pelo não recolhimento de ISS sobre as operações ora tratadas; a prova pericial é clara no sentido de que as atividades prestadas

na filial de São Paulo não são tributáveis pelo ISSQN, pois não encontram respaldo na lista anexa à Lei Complementar 116/2003. Condenou a exequente ao pagamento das custas e despesas processuais, devidamente corrigidas desde os efetivos desembolsos, e honorários advocatícios, fixados no piso legal do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil.

A municipalidade apelante sustenta em resumo que a sentença comporta reforma porquanto ao negar a incidência do ISS, ignora a existência da sede que a apelada mantém na cidade, voltada à prestação de serviços tributados, e não um mero aparato administrativo de backup interno, qualificando-se como estabelecimento prestador de serviços; o fato gerador do ISS autuado é complexo pois não se esgota no processamento de dados em Campo Bom, mas trata-se de apenas uma das etapas de execução de seu serviço cujo início ocorreu em São Paulo; sustenta, ainda, que a fixação dos honorários advocatícios ofende o princípio da proporcionalidade (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal), pois resultou em condenação em desfavor do erário público de mais de R$ 3.000.000,00. Requer o provimento do recurso com anulação da sentença ou sua reforma para que os honorários advocatícios sejam fixados por apreciação equitativa, em homenagem ao princípio da proporcionalidade (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal).

Contrarrazões a fls. 2.886/2.941.

Recurso tempestivo e isento de preparo, nos termos do artigo 1.007, § 1º do CPC.

É O RELATÓRIO.

Inicialmente, observa-se que o valor atribuído à causa de R$ 30.745.649,34 (abril de 2017), ultrapassa o limite legal de 500 salários mínimos do artigo 496, § 3º, inciso II (capital de Estado) do Código de Processo Civil, para o duplo grau obrigatório

No mais, a embargante, ora apelada, pretende a desconstituição dos autos de infração e imposição de multa nºs 6697477-1; 6702399-1; 6702397-5; 6702393-2; 6702398-3 e 6702394-0 no valor de

R$30.745.649,34, objetos da execução fiscal nº 1612872-46.2016.8.26.0090 (em apenso e cópia às fls.96/105), lavrados em razão da ausência de recolhimento do ISS no período de 2009 a 2013, com suporte no subitem 1.07 da Lista de Serviços constante da Lei Municipal 13.701/03.

Alega a embargante, em resumo, que presta serviço de processamento de dados em Campo Bom/Rio Grande do Sul (subitem 1.03 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/03) e não serviço de suporte técnico em informática na filial de São Paulo, indicado pelo município como constante do subitem 1.07 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/03; o arbitramento com base no artigo 148 do CTN é estranho à ocorrência de qualquer fato gerador, seja pelo número de funcionários (2009) como em proporção sobre a despesa operacional com a folha

Acesso ao Sumário

de pagamentos da filial de São Paulo.

Com esteio no laudo pericial (fls.2.480/2.548) a r. sentença julgou procedente a ação ao fundamento de que o ISSQN é imposto devido ao Município onde é prestado efetivamente o serviço, pois é lá que ocorre o fato gerador do tributo, independentemente do local onde tem a empresa prestadora sede ou filial; os serviços foram prestados em Campo Bom/RS, de modo que não poderia o Município de São Paulo autuar a embargante pelo não recolhimento de ISS sobre as operações *sub judice.*

Compete aos municípios instituir o imposto sobre serviços de qualquer natureza, com fulcro no artigo 156, inciso III, da Constituição da República, cabendo à Lei Complementar instituir o regramento específico para sua cobrança.

Com o advento da LC nº 116/03, ficou estabelecido no artigo 3º, como regra geral que "*o serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII*".

O "estabelecimento prestador" é o "local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas" (artigo 4º da LC nº 116/03).

A matéria acerca da competência tributária ativa relativa ao ISS já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme constou no AgRg nos EAg nº 1.272.811/MG:

> *"Assim, a partir da LC 116/2003, temos as seguintes regras:*
> *1ª) como regra geral, o imposto é devido no local do estabelecimento prestador, compreendendo-se como tal o local onde a empresa que é o contribuinte desenvolve a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação, contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas;*
> *2ª) na falta de estabelecimento do prestador, no local do domicílio do prestador.*
> *Assim, o imposto somente será devido no domicílio do prestador se no local onde o serviço for prestado não houver estabelecimento do prestador (sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação);*
> *3ª) nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, acima transcritos, mesmo que não haja local do estabelecimento prestador, ou local do domicílio do prestador, o imposto será devido nos locais indicados nas regras de*

Acesso ao Sumário

exceção.

Com efeito, ***cuidando-se de fato gerador ocorrido na vigência da Lei Complementar n. 116/2003 e não se tratando de serviços de construção civil ou das exceções previstas nos incisos I a XXII do art. 3º, do referido diploma, correta a decisão do acórdão ora embargado que, na linha do repetitivo mencionado, adotou o critério "do local do estabelecimento prestador do serviço", esse definido na própria lei (art. 4º)****. (...)"* (Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, 1ª Seção, j. 14/12/2011, DJe 1º/2/2012).

Considerados estes pressupostos, o recurso não comporta provimento.

A embargante, sediada em Campo Bom/RS, possui como objeto social o "*Desenvolvimento de programas de computador sob encomenda tratamento de dados, provedores de serviços de aplicação e serviços de hospedagem na internet atividades de intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral, exceto imobiliários atividades de cobrança e informações cadastrais*" (contrato social às fls.118/119 e ficha cadastral de fls. 2.550/2.551).

O laudo pericial de fls.2.480/2.548 apurou que o enquadramento pela municipalidade dos serviços tributados se deu com base no subitem 1.07 da lista da Lista Anexa à Lei Complementar 116/03 (Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados) – fls.2.496.

E, ainda, que os Autos de Infração foram lavrados tendo como base o "*número de funcionários alocados a filial SP, em comparação com o total de funcionários da GETNET, tendo como montante base para a apuração o Total da Receita de Serviços do Estabelecimento Matriz - CNPJ 05.127.438/0001-59. Os demais AIIs, também tiveram sua base de cálculo arbitrada, sendo utilizado os seguintes parâmetros: Proporção do valor pago a título de folha de pagamento da filial SP em relação ao total pago pela GETNET... A base para apuração do valor autuado foi a conta Receita de Outros serviços, sendo que no caso do AII 67.023.983 a base foi a diferença apurada entre o saldo desta conta e a DIRPJ*" – fls.2497.

Esclareceu o perito às fls.2.499 que "*O período abrangido na autuação foi de 2009 a 2013. O CNPJ autuado foi o da filial de São Paulo - CNPJ 05.127.438/0013-92, que foi baixado em consequência de Incorporação, na data de 31/08/2014 – fl. 620" e que "O objeto dos contratos firmados com os clientes, contrato de adesão, menciona expressamente da captura dos dados e processamento deles, mediante a seleção de serviços constantes no portfólio da GETNET*" – fls.2.504.

Acesso ao Sumário

A executada, por se turno, defende que os serviços por ela prestados enquadram-se no subitem 1.03 da Lista Anexa à referida lei complementar (*Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros forma-*

tos, e congêneres), o que se coaduna com seu objeto social e com as finalidades dos contratos mencionados pelo perito às fls.2.504.

A perícia de natureza contábil apoiou-se, para esclarecimento das questões de tecnologia da informação, em parecer técnico feito pela empresa Catech, especializada nessa área de atuação.

Em relação ao local da prestação dos serviços o perito esclareceu que "*As conclusões técnicas apresentadas pela empresa CATECH, apontam para duas localidades onde o processamento era realizado no ano de 2017, momento que fora realizada a diligência e análise in loco. Da leitura do referido parecer técnico, se depreende que a época da verificação (03/2017), as transações tinham como "percurso", 4 etapas: 1. Captura; 2. Autorização; 3. Liquidação; e 4. Contabilização.* ***No estabelecimento de Campo Bom - RS, as etapas 3 e 4 foram integralmente lá processadas.*** *Já quanto* ***as etapas 1 e 2, somente quando a operadora de telefonia móvel não fosse a OI, pois nesse caso o processamento se dava no município de Barueri - SP,*** *em resumo se verificou que* ***nenhuma das etapas do "percurso" da operação GETNET foi operacionalizada no município de São Paulo****, no período analisado pela empresa Catech*" – fls.2.508.

Consta ainda do trabalho pericial às fls.2.509 que "*Quanto ao recolhimento do ISSQN pelo município de Campo Bom - RS, foi apresentado pela GETNET extrato do site da prefeitura de Campo BOM - RS com os montantes mensais do período autuado (DOC. 03)*".

Constatou a perícia judicial às fls.2.518 que "... no CNPJ da filial não se verificou faturamento por esta filial, estando concentrado no CNPJ Matriz".

Além disso, os subitens 1.03 (*Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres*) e 1.07 (*Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados*) não estão previstos em nenhuma das exceções dos incisos I ao XXV do artigo 3º da Lei Complementar 116/2003, de modo que o imposto ora discutido (período de 2009 a 2013) é devido no local do estabelecimento prestador, no caso, em Campo Bom/RS.

Quanto aos serviços executados pela filial em São Paulo destacou o perito judicial que a visita, embora tenha sido realizada alguns anos depois do período tributado (2009 a 2013), encontrou apenas atividade de escritório, com baixa atividade em face do período da pandemia de Covid

19. Todavia, com base no relatório técnico da Catech, o fluxo operacional para a prestação dos serviços não passava por essa filial, como já destacado (fls. 2.538). São ali desenvolvidas apenas atividades meio, que por sua natureza não se sujeitam à tributação pelo ISS.

Assim, é forçoso o reconhecimento da inexistência de relação jurídico-tributária da embargante, ora apelada, com o Município de São Paulo referente aos

Acesso ao Sumário

autos de infração lavrados e da inexigibilidade da cobrança do ISS *sub judice.*

Sem razão, ainda, a municipalidade apelante quanto à pretendida redução dos honorários advocatícios sucumbenciais, por apreciação equitativa.

É sabido que os honorários advocatícios devem se revestir de expressão econômica suficiente a remunerar de forma digna os serviços prestados pelo patrono da causa, não podendo ser elevados a ponto de implicar em enriquecimento sem causa, tampouco ínfimos, de modo a desprestigiar o trabalho do advogado.

Em decisão proferida no REsp 1.850.512/SP, sob regime de recursos repetitivos (Tema 1076), o C. STJ, fixou as seguintes teses:

> *"1. A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação ou da causa, ou o proveito econômico da demanda, forem elevadas. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos parágrafos 2º ou 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil (CPC) a depender da presença da Fazenda Pública na lide, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.*
>
> *2. Apenas se admite o arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo".*

Assim, em consonância com o entendimento do STJ, o valor atribuído aos embargos à execução fiscal de R$ 30.745.649,34, em abril de 2017, não justifica a pretendida aplicação da equidade prevista no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Logo, pertinente a fixação dos honorários estabelecida pela sentença no piso legal previsto no § 3º do artigo 85 do CPC, incidente sobre o valor da causa, ainda pendente de atualização.

Por tais motivos, fica mantida a sentença impugnada, tal como proferida, devendo a verba honorária a que foi condenada a municipalidade ser acrescida de meio ponto percentual por aplicação do § 11 do mesmo artigo.

Ante o exposto, **nega-se provimento aos recursos oficial e voluntário do Município**, nos termos do voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009352-53.2022.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante TELEFÔNICA BRASIL S.A, é apelado MUNICÍPIO DE BOTUCATU.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com a inversão dos ônus sucumbenciais, nos termos do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.369)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e RICARDO CHIMENTI.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2024.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Apelação cível. Embargos à execução fiscal. Multa referente a auto de Infração do exercício de 2021. Sentença de improcedência. Reforma de rigor. Verifica-se a inexistência de notificação da instauração do procedimento administrativo que ensejou a lavratura do auto de infração, o que caracteriza a nulidade da autuação. Precedentes deste Tribunal. Em razão do desfecho, tem-se prejudicada a questão atinente à constitucionalidade da norma citada. Dá-se provimento ao recurso, com a inversão dos ônus sucumbenciais, nos termos do acórdão.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 351/359, proferida nos autos dos embargos à execução fiscal opostos por **Telefônica Brasil S.A** em face do **Município de Botucatu.**

Referida sentença julgou improcedentes os embargos à execução.

Houve condenação da embargante ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado do débito, nos termos do art. 85, § 3º do CPC.

Insatisfeita com o resultado do julgado, apela (fls. 432/473). Em suas razões recursais, em síntese, defende a legalidade e juridicidade de sua pretensão, com destaque para a temática relativa à declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5714/2015 e do Decreto Municipal nº 10.539/2016.

Postula, ademais, seja reconhecida a nulidade do Processo Administrativo nº 38729/2020, com a consequente extinção da execução fiscal nº 1501171-06.2022.8.26.0079 e a condenação do apelado ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes últimos nos termos do art. 85, § 4º, do CPC. Subsidiariamente, requer a redução da multa imposta.

Contrarrazões recursais a fls. 502/530, nas quais o recorrido sustenta a ratificação do julgado e rebate os fundamentos lançados no apelo adverso.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Preenchidos os requisitos legais o recurso deve ser conhecido. No mérito, comporta provimento.

Razão assiste à apelante quanto à restrição do direito de defesa na esfera administrativa.

De fato, restou incontroverso que o município de Botucatu ajuizou ação de execução fiscal relacionada à multa administrativa resultante da irregularidade na fiação em um poste pertencente à Companhia Paulista de Força e Luz (CPFL).

Neste contexto, verifica-se que a cobrança se fundamenta em um processo administrativo inválido, devido à falta de notificação ou intimação da executada sobre a sua abertura, o que a impediu de apresentar sua defesa. Constata-se, assim, a violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Conforme consta na CDA que embasou a cobrança, a multa decorreu do Processo Administrativo nº 38.729/2020 foi lavrada pelo descumprimento aos artigos 1º, 2º e 7º, da Lei Municipal nº 5741/2015 e do Decreto Municipal nº 10539/2016.

No entanto, é importante ressaltar que o procedimento não respeitou a disposição constitucional que assegura o princípio do contraditório e da ampla defesa, conforme estabelecido pela Constituição Federal e aplicável também à esfera administrativa, como indicado no artigo 5º, inc. LV. Isso ocorreu porque o processo avançou sem a participação da empresa autuada.

Ora, o processo foi instaurado contra a CPFL, titular do poste fiscalizado, enquanto o auto de infração e imposição de multa foi lavrado contra a embargante.

Significa dizer que a ausência de notificação formal da Telefônica Brasil S/A acerca da instauração do procedimento administrativo por parte da Prefeitura Municipal de Botucatu é irregularidade que não pode ser suprida por eventual notificação para regularização de pendências técnicas por parte da CPFL.

A concessionária CPFL não possui a autoridade para realizar o poder de polícia, que é uma atribuição exclusiva do Poder Público. Além disso, não tem a capacidade de iniciar os procedimentos administrativos relacionados a essa questão. Por esse motivo, a responsabilidade pela infração não pode ser imputada à apelante, que utiliza os postes de propriedade da concessionária para a instalação de sua infraestrutura de rede.

Acesso ao Sumário

Além disso, qualquer notificação posterior à aplicação da multa, seja por meio de comunicação pessoal ou por publicação no Diário Oficial do Município não tem o poder de corrigir a falha administrativa que tornou a multa inválida, pois a parte autuada foi impedida de exercer seu direito de defesa ou de buscar a regularização de suas instalações, como previsto na Lei Municipal nº 5741/2015.

Portanto, considerando que a apelante não teve a oportunidade de partici-

par do processo administrativo ou, pelo menos, de receber uma notificação válida antes de apresentar sua defesa, não é justificável obrigá-la a pagar a cobrança.

Nesse contexto, precedente semelhante deste TJSP, oriundo da mesma jurisdição e abrangendo as mesmas partes:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à execução fiscal – Município de Botucatu – Multa administrativa do exercício de 2021 – Ausência de notificação a respeito da instauração do procedimento administrativo que ensejou a lavratura do auto de infração – Nulidade da autuação pela ofensa ao contraditório e à ampla defesa verificados – Presunção de legalidade dos atos administrativos e de certeza e liquidez das certidões de dívida ativa elididas – Sentença reformada – Recurso provido".* (Apelação Cível nº 1009298-87.2022.8.26.0079, Rel. Des. Raul De Felice, 15ª Câmara de Direito Público, j. 18/09/2023).

Tecidas essas considerações, o recurso deve ser provido, a fim de sejam julgados procedentes os embargos à execução, com o reconhecimento da nulidade do Processo Administrativo nº 38.729/2020 e da multa aplicada, extinguindo-se a execução fiscal nº 1501171-06.2022.8.26.0079 e invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Em razão do desfecho, tem-se prejudicada a questão atinente à constitucionalidade da norma citada.

E para que não se alegue cerceamento do direito de recorrer, considera-se prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional discutida, bastando que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no acórdão, como de fato ocorreu, sendo "desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais".

Por fim, atentem-se as partes para o cabimento de embargos declaratórios nas estreitas hipóteses delineadas no artigo 1.022, sob pena de eventual aplicação das multas processuais previstas nos §§ 2º e 3º do artigo 1.026, ambos dispositivos do Código de Processo Civil. Assinale-se que esta medida está em consonância com a atual jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema.

Diante do exposto, **dá-se provimento ao recurso, com a inversão dos ônus sucumbenciais**, nos termos do acórdão.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cí-

Acesso ao Sumário

vel nº 0042249-63.2023.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitado 2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Turma Especial - Publico do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram e julgaram procedente o conflito de competência, declarando competente para julgar a ação rescisória o Colendo 2º Grupo de Câmaras de Direito Público", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.495)**

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, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, REBOUÇAS DE CARVALHO, ENCINAS MANFRÉ, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, SOUZA MEIRELLES, LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, RAUL DE FELICE, VICENTE DE ABREU AMADEI, CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, REZENDE SILVEIRA e DJALMA LOFRANO FILHO.

São Paulo, 14 de dezembro de 2023.

AFONSO FARO JR., Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO RESCISÓRIA – Acórdão impugnado que negou provimento ao reexame necessário – Demanda inicialmente distribuída ao 2º Grupo de Câmaras de Direito Público – Declinação da competência por não ter havido recurso voluntário – Redistribuição à 5ª Câmara de Direito Público, prolatora da decisão – Acórdão que, não obstante tenha mantido na íntegra a r. sentença de procedência, a substitui, atraindo para o Grupo a competência nos termos do RITJSP – Inteligência dos arts. 496, inc. I, e 1.008, do CPC.
CONFLITO PROCEDENTE E COMPETÊNCIA DO 2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO, O SUSCITADO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 5ª Câmara de Direito Público em face do Colendo 2º Grupo de Câmaras de Direito Público, em razão da ação rescisória nº 2093591-79.2023.8.26.0000, proposta com o objetivo de rescindir, com base no art. 966, inc. V, do CPC, acórdão proferido por

Acesso ao Sumário

aquela em sede de reexame necessário.

No feito originário, a questão de fundo envolvia a concessão de aposentadoria especial a servidor público do Município de Barretos, bem como o pagamento de abono de permanência. Julgada procedente a ação, não houve apelo voluntário, e ao analisar a remessa necessária a E. 5ª Câmara de Direito Público manteve na íntegra a r. sentença, com trânsito em julgado em 03/08/22.

A r. decisão da lavra da Eminente Desembargadora Ana Liarte, do Colendo 2º Grupo de Direito Público, não conheceu da ação rescisória e determinou a remessa dos autos à C. 5ª Câmara nos termos dos arts. 35 e 105 do RITJSP, por entender que, não tendo havido recurso contra a sentença proferida em primeiro grau, não caberia falar no efeito substitutivo do art. 1.008 do CPC, de forma que o Instituto buscaria, na verdade, a rescisão da r. sentença (fls. 241/243).

Por sua vez, a Colenda 5ª Câmara de Direito Público, nos termos do acórdão de fls. 249/254, cuja relatoria coube ao Eminente Desembargador Nogueira Diefenthäler, houve por bem igualmente não conhecer da ação por entender que: "*... a despeito de a decisão ter sido proferida em sede de julgamento de remessa necessária, houve substituição do julgamento de 1ª Instância proferido naquele feito pelo julgamento colegiado, nos termos do art. 1.008, do CPC*." Propôs-se, então, a devolução dos autos ao C. 2º Grupo a fim de possibilitar o juízo de reconsideração da r. decisão monocrática, solicitando-se, em caso negativo, o retorno do feito.

Mantidos os posicionamentos (fls. 258 e 262/263), foi determinada a remessa dos autos para a Turma Especial.

É o relato do necessário.

O presente conflito de competência deve ser conhecido, eis que nenhum dos Colendos Colegiados admite ter competência para julgar a ação rescisória.

Cinge-se a controvérsia à natureza e efeitos do acórdão proferido no julgamento de reexame obrigatório. Em outras palavras, a *quaestio* a ser dirimida é: o acórdão que aprecia apenas e tão somente a remessa necessária – e lhe nega provimento – substitui a r. sentença monocrática?

A resposta, s.m.j., é positiva.

Consoante ensinamentos de Araken de Assis, "*o tribunal não se limita a confirmar ou a rejeitar o ato decisório, conferindo-lhe, no primeiro caso, plena eficácia, como sucede no controle de legalidade realizado pelo Tribunal de Contas. Vai bem mais longe, porquanto retocará e modificará tudo quanto lhe aprouver, da fundamentação ao dispositivo. O novo julgamento substituirá, integralmente, o primeiro (art. 1.008). Por isso, impõem-se duas conclusões: em primeiro lugar, a manifestação do tribunal não constitui fator de eficácia da sentença, e, portanto, o fenômeno é diferente daquele examinado no ato composto; ademais, o tribunal só 'coopera' com o juiz de primeiro grau em sentido amplíssimo e pedagógico – na verdade, a atividade do tribunal consis-*

Acesso ao Sumário

te em 'verificar o acerto do seu julgamento, que pode manter ou reformar' –, afastando toda consideração relativa ao ato complexo. Conjuga-se à segunda conclusão o objeto do efeito substitutivo, que parece inegável e sempre é total. O art. 1.008 só alude à substituição da decisão impugnada 'no que tiver sido objeto de recurso'. Disse menos do que deveria, porque a devolução vai além, em determinados casos, do objeto do recurso, não convindo extrair maiores efeitos, portanto, da expressão 'decisão impugnada'. Certo, 'é claro que a sentença também se vê substituída pela decisão do tribunal sempre que este a revê ex vi legis'. Além de eliminar a natureza de ato complexo, o efeito substitutivo aproxima o reexame necessário, outra vez, da disciplina inerente aos recursos".

E segue pontuando, em relação ao art. 496 do CPC, que "*a remessa necessária incorpora a velha e incompreendida apelação ex officio. Demonstrava a mens legis a versão original do parágrafo único do art. 475 do CPC de 1973, prevendo a remessa 'haja ou não apelação voluntária da parte vencida', tornando 'implícita a referência, uma vez que se adjetivou a outra espécie de apelação (apelação voluntária)' (...). O elemento comum dessas espécies recursais 'é a devolução ao juízo ad quem do julgamento proferido em primeira instância', devolução voluntária ou necessária conforme se dê por iniciativa do vencido ou mediante impulso oficial (...). Põe-se excessivo destaque no caráter voluntário de todo recurso, olvidando seu eventual regime compulsório*."[1]

Na mesma linha, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery salientam que "*No tribunal a remessa necessária tem o procedimento do recurso de apelação, muito embora não tenha ela natureza jurídica de recurso. Na remessa necessária há os efeitos suspensivo e devolutivo (impróprio) pleno, vale dizer, efeito translativo. A decisão do tribunal, ainda que confirme a sentença, substitui o julgamento de primeiro grau (CPC 1008)*."[2]

Ainda, é "*irrelevante que a decisão no recurso seja no mesmo sentido da decisão recorrida para efeitos de substituição - se a decisão do tribunal apreciou o mérito do recurso, há substituição. O que interessa para que se dê a substituição de uma decisão pela outra é que o recurso tenha sido conhecido (STJ, 2ª Turma, REsp 397.384/SC, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 232). Recurso inadmissível não opera o efeito substitutivo.* ***O efeito substitutivo do recurso é fundamental, por exemplo, para fixação da competência para propositura de ação rescisória***"[3](g.n.).

Portanto, no caso em tela, uma vez conhecida a remessa oficial, o que se busca rescindir é o acórdão, e não a sentença, atraindo para o Grupo a competência para o julgamento, nos termos do que estabelece o RITJSP:

"Art. 37. A competência que exceder à das Câmaras cabe aos Grupos,

1 *in* Manual dos Recursos, 9ª edição ver. atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.039/1.041.

2 *In* Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª tiragem, RT, São Paulo, 2015, pág. 1174.

3 MARINONI, Luiz Guilherme et al, Novo Código de Processo Civil Comentado, 1ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015, nota 1 ao art. 1.008, p. 938/939.

ressalvada a das Turmas Especiais e a do Órgão Especial, conforme dispuserem a legislação e este Regimento.

§ 1º O Grupo julgará os mandados de segurança contra atos das Câmaras e de seus relatores, inclusive os do próprio Grupo; as ações rescisórias, as revisões criminais, as reclamações por descumprimento de seus julgados e os embargos de declaração, além dos demais feitos que, pela natureza, forem de sua competência.

(...)

Art. 40. Os feitos de competência dos Grupos são julgados por:

I - um relator, sorteado dentre os juízes do mesmo Grupo e que não tenha participado do julgamento anterior;

II - um revisor ou um segundo juiz, conforme o caso, sendo o seguinte ao relator em ordem decrescente de antiguidade no Grupo e que não tenha participado do julgamento anterior;

III - como vogais, todos os juízes que participaram do julgamento anterior;

IV - como vogais, seguida a ordem de antiguidade do revisor ou do segundo juiz, conforme o caso, tantos juízes que não tenham participado do julgamento anterior, quantos se fizerem necessários à complementação dos seguintes quóruns:

(...)

c) nos demais feitos que tenham por objeto ato ou acórdão proferido pela Câmara ou por seus relatores, no total de sete juízes;"

Diante do exposto, conheço do presente conflito de competência, declarando competente para julgar a ação rescisória o Colendo 2º Grupo de Câmaras de Direito Público.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2270151-70.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante DAMIÃO WEBSON DE SOUSA DIAS, é embargado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Público 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 36.713)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, J. M. RIBEIRO DE

Acesso ao Sumário

PAULA, SOUZA MEIRELLES, SOUZA NERY e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2024.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Inexistência de circunstâncias autorizantes do recurso. Caráter infringente. Busca por prequestionamento. Embargos rejeitados.

VOTO

Embargos de declaração opostos em face do julgamento de fls. 107/118 ante omissão que cerceia o direito do embargante, inclusive no que toca a prequestionamento, além de ser *notório que o cabimento da Rescisória se dá* a contrário sensu *do Tema 136, do STF, o que em momento algum foi analisado no respeitável julgamento* e que o caso concreto é idêntico aos de decisões e julgados postos ao conhecimento da turma julgadora, e o ora recorrido *fere flagrantemente o Tema 784, do STF e nesse sentido há de se declarar por conta da omissão.*

É o relatório.

Malgrado a fundamentação recursal, não ocorrem circunstâncias autorizantes destes embargos de declaração, porquanto no que atine ao Tema 784 o julgamento ora recorrido foi claro e direto, bastando leitura do acórdão para assim se concluir.

Acerca da alegada existência de ser o caso *idêntico aos dos julgados noticiados* é de se lembrar, com a devida vênia, não servir a ação rescisória para unificação de entendimentos, pois se há os julgados referidos pelo embargante, e há mesmo, há outros, também incontáveis, no sentido do entendimento posto no julgamento que se busca rescindir.

Dessarte, e sob renovada vênia, impossível vislumbrar hipótese autorizante de se dar acolhida a este recurso, que, em verdade, busca por infringência do julgado, somente possível por recurso outro, não por embargos de declaração, cabíveis para sanar eventual omissão, obscuridade ou contradição no julgamento, de todo inexistentes.

Anoto ser descabida a busca de se fundamentar ação rescisória sob alegada contradição (não omissão) do acórdão rescindendo com outras decisões judiciais, porquanto, por evidente, a decisão prolatada em processo outro não tem eficácia sobre este.

Conquanto tenha ocorrido erro de digitação em uma das cinco referências sobre o Tema 784 de Repercussão Geral, do C. Supremo Tribunal Federal, em que constou Tema 794, esse tema foi o pano de fundo do julgamento e, com a devida licença, a tese do embargante não pode vingar, com nota de que, por

Acesso ao Sumário

óbvio, nada se violou da ordem jurídica ou constitucional, nem houve afronta a decidido no referido Tema 784.

Assinalo, por fim, que eventuais novos embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).

Rejeito os embargos.

Mandados de Injunção

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Injunção nº 2225894-57.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante EVANILDE ALVES BENEVIDES, são impetrados PREFEITO MUNICIPAL DE DIADEMA e PRESIDENTE DA CÂMARA DOS VEREADORES DO MUNICÍPIO DE DIADEMA - SP.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.567)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2024.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Mandado de Injunção – Aposentadoria especial – Mora em promover a edição de norma regulamentadora da aposentadoria especial de servidor público com deficiência – Concede-se a ordem para fixar o prazo de 90 dias para que o impetrado providencia a edição da norma – Caso mantida a omissão, determina-se que o pedido de aposentadoria seja examinado pela requerida de acordo com a Lei Complementar nº 142/2013.

VOTO

Trata-se de Mandado de Injução impetrado por Evanilde Alves Benevides em face de ato omissivo que atribui ao Prefeito do Município de Diadema e ao Presidente da Câmara dos Vereadores do Município de Diadema, consistente

Acesso ao Sumário

na mora em promover a edição de norma regulamentadora da aposentadoria especial de servidor público com deficiência, nos termos do artigo 40, § 4º-A da Constituição Federal, incluída pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

Esclarece que é servidora municipal e portadora de deficiência auditiva, e que teve indeferido o pedido administrativo, sob a justificativa de inexistência de lei local que regulamente a matéria; e requer a declaração da mora legislativa, suprindo a lacuna com a aplicação da Lei Complementar nº 142/2013, cujos critérios afirma satisfazer. E postula, em adição, a concessão da gratuidade judiciária.

Deferida a gratuidade processual (fls. 35/36), foram prestadas informações pelas Autoridades impetradas a fls. 38/40 (Presidente da Câmara dos Vereadores do Município de Diadema) e 109/118 (Prefeito do Município de Diadema), manifestando-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça no sentido do reconhecimento da preliminar de ilegitimidade do Presidente da Câmara Municipal, e da concessão da injunção, para se suprir a mora legislativa (fls. 131/135).

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça é pela concessão da injunção, para se suprir a mora legislativa (fls. 131).

Informações da Câmara Municipal de Diadema (fls. 38).

É o breve relatório.

O presente mandado de injunção foi ajuizado no intuito de se ver reconhecida e suprida omissão do Município de Diadema em promover a edição de norma regulamentadora da aposentadoria especial de servidor público com deficiência.

Mandado de injunção é via excepcional de matriz constitucional (art. 5º, LXXI, CF), que tem por fim suprir a falta de norma regulamentadora necessária para viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

De início, constata-se a ilegitimidade passiva do Presidente da Câmara dos Vereadores do Município de Diadema, uma vez que o provimento jurisdicional que se requer deve ser endereçado à autoridade competente para por início ao processo legislativo para editar a norma reclamada, que, nesse caso, é de iniciativa privativa do Chefe do Executivo municipal, conforme o art. 48 III da Lei Orgânica do Município de Diadema.

Acesso ao Sumário

Assim, reconhece-se a ilegitimidade passiva do Presidente da Câmara Municipal, julgando-se extinto o processo em relação a ele, nos termos do artigo 485 VI do Código de Processo Civil.

No mais, não prospera a preliminar de incompetência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Após a Emenda Constitucional nº 103/2019, é de competência legislativa de cada ente da federação dispor sobre a aposentadoria especial dos respectivos servidores. A omissão na regulamentação da matéria

por parte de Prefeito Municipal escapa da competência do STF (art. 102, I, alínea "q"), devendo ser trazida ao TJSP, conforme o art. 74, V, da Constituição Estadual de São Paulo:

> Artigo 74 - Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:
> V - **os mandados de injunção**, quando a **inexistência de norma regulamentadora estadual ou municipal**, de qualquer dos Poderes, inclusive da administração indireta, torne inviável o exercício de direitos assegurados nesta Constituição;
> No mérito, a ordem deve ser concedida.

Em que pesem as alegações da Municipalidade, está caracterizada a inércia em regulamentar o direito assegurado pela Constituição Federal, o que gera impedimento a seu exercício, a justificar a aplicação do art. 8º, da Lei Federal nº 13.300/2016. Passados mais de dois anos de inércia desde a edição da emenda constitucional 103/2019, que atribuiu aos entes federativos a competência para regulamentar a aposentadoria especial de seus servidores, verifica-se que o "excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa – não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora – vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários" (MI nº 20, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. em 19.5.1994).

Havendo previsão no art. 40, § 4º-A, da Constituição Federal, de direito à aposentadoria especial, a não edição da norma regulamentadora inviabiliza o exercício do direito por parte da impetrante. Aplica-se, assim, o disposto no artigo 8º, inciso I, da Lei nº 13.300/16, concedendo-se ao impetrado o prazo de 90 dias para a edição da norma regulamentadora, prazo que possui resguardo na jurisprudência deste Tribunal.

> MANDADO DE INJUNÇÃO – Pretensão de sanar omissão de regulamentação do direito à aposentadoria especial de servidor público – Advento da Emenda Constitucional 103/2019 – Previsão de que critérios para concessão de aposentadoria especial poderão ser estabelecidos por lei complementar de ente federativo – Art. 40, §§ 4º-A, 4º-B e 4º- C, da Constituição Federal – Admissibilidade do mandado de injunção para seu processamento (MI 7318 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 29/03/2021) – Caso concreto – Presença de deficiência e tempo de contribuição do impetrante e omissão legislativa do Município de Americana – Concessão da ordem – Fixação de prazo de 90 dias para que o impetrado providencie a edição de norma regulamentadora de aposentadoria de servidores com deficiência; e, decorrido tal prazo, mantida a omissão, estabelecimento de que o pedido de aposentadoria do impetrante seja examinado pela Administração de acordo com a Lei Complementar 142/2013 – ORDEM CONCEDIDA. (Mandado de Injunção nº 2035374-77.2022.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Vicente de Abreu

Acesso ao Sumário

Amadei, j. 18/05/2022).

Mandado de injunção coletivo. Impetração pelo Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Municipal de Campinas visando compelir o Poder Executivo a sanar a omissão e elaborar norma regulamentadora da aposentadoria especial do servidor portador de deficiência, nos termos previstos pelo art. 40, § 4º-A, da Constituição Federal, acrescido pela EC nº 103/2019. Cabimento da via eleita. Legitimidade ampla do Sindicato como substituto processual na defesa dos direitos da categoria. Limites subjetivos da coisa julgada. Desnecessário comprovar a filiação, conforme jurisprudência do C. STJ e do C.STF. Mora constatada. Concessão da ordem. Fixação de prazo de 90 (noventa) dias para que o impetrado providencie a edição de norma regulamentadora de aposentadoria de servidores com deficiência. Decorrido tal prazo e mantida a omissão, os pedidos de aposentadoria deverão ser analisados conforme os critérios estabelecidos pela LC nº 142/2013. Ordem concedida. (Mandado de Injunção nº 2288933- 96.2021.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Fernão Borba Franco, j. 15/08/2022).

Quanto ao pedido da impetrante de aplicação imediata da Lei Complementar nº 142/2013, conforme decisões acima citadas, este Tribunal tem entendido que, nos mandados de injunção decorrentes da mora do ente federativo em regulamentar a aposentadoria especial, deve-se aguardar a elaboração da norma regulamentadora no prazo de 90 dias e, somente se persistir a omissão do ente federativo, aplicar-se-á a LC nº 142/2013.

É certo que, diante da ausência de previsão legislativa, podem ser aplicadas ao servidor as regras do regime geral de previdência. Assim, não havendo legislação complementar para dar eficácia ao art. 40, § 4º-A, da CF, é possível que a Lei Complementar nº 142/2013, que regulamenta a aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social, venha a ser aplicada, por analogia.

Porém, como dispõe o art. 8º da Lei nº 13.300/2016, uma vez reconhecida a mora legislativa, a injunção será deferida para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Ou seja, segundo o rito do mandado de injunção, o órgão competente para legislar tem direito a um prazo razoável para editar a norma regulamentadora. Caso persista a omissão, devem ser estabelecidas as condições para o exercício dos direitos reclamados.

Por isso é que, primeiro se estabelece o prazo para a edição da norma e, caso a autoridade competente continue em mora, determina-se que se proceda à

Acesso ao Sumário

aplicação analógica da Lei Complementar nº 142/2013 para análise da aposentadoria da impetrante.

> MANDADO DE INJUNÇÃO – Município de Cardoso – Aposentadoria de servidor com deficiência – Pretensão de ver reconhecida a ausência de norma municipal específica, com a concessão da aposentadoria especial, mediante aplicação subsidiária da Lei Complementar nº 142/2013, ou subsidiariamente, que seja determinado prazo não superior a 90 dias para a edição de norma regulamentadora, sob pena de, na ausência de sua edição, aplicação subsidiária da LC nº 142/2013 – Art. 40, § 4º-A, da CF – Ausência de Lei Municipal que regulamente a matéria – Omissão legislativa que justifica a aplicação do disposto no art. 8º da Lei Federal nº 13.300/2016, com concessão de prazo de 90 dias para que a autoridade impetrada promova a edição da referida norma regulamentadora (inciso II) – Decorrido tal prazo, caso persista a omissão, a administração municipal deverá examinar o pedido de aposentadoria especial do impetrante com base na LC nº 142/2013, que dispõe sobre a aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do RGPS – Precedentes – Ilegitimidade passiva reconhecida, de ofício, em relação ao IPREMCAR excluindo-o do polo passivo. Ordem concedida. (Mandado de Injunção nº 2191134-53.2021.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Público, rel. Oscild de Lima Júnior, j. 08/02/2022).

Por isso, concede-se a ordem para fixar o prazo de 90 dias para que o impetrado providencie a edição de norma regulamentadora de aposentadoria de servidores com deficiência; e, decorrido tal prazo, mantida a omissão, determinar que o pedido de aposentadoria da impetrante seja examinado pela requerida de acordo com a Lei Complementar nº 142/2013.

Sem condenação em honorários advocatícios em função do disposto no art. 25 da Lei Federal nº 12.016/09, aplicada subsidiariamente ao mandado de injunção.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0007372-81.2023.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ERIVALDO NASCIMENTO DA SILVA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.437)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente) e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2024.

XISTO RANGEL, Relator

Ementa: Agravo em execução. Concessão de indulto. Decisão que extinguiu as penas privativas de liberdade impostas, com fundamento no artigo 5º, do Decreto 11.302/2022. Pleito ministerial pelo reconhecimento de inconstitucionalidade do dispositivo, com a revogação da benesse concedida. Impossibilidade. Competência Privativa do Presidente da República para concessão de indultos e comutações. Juízo de conveniência e oportunidade que refoge ao escopo jurisdicional. Precedentes da Câmara e do E. Tribunal. Agravado condenado em razão da prática de crimes contra a ordem tributária. Pena máxima em abstrato que não ultrapassa 5 anos. Presença do requisito objetivo exigido pelo Decreto. Pena máxima em abstrato que deve ser aferida isoladamente nas condenações, independentemente de se tratar de concurso de crimes ou unificação de penas. Precedentes do C. STJ. Decisão mantida. Agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de execução penal interposto pelo Ministério Público de São Paulo contra a r. decisão concessiva de indulto e consequente extinção da punibilidade em favor de Erivaldo Nascimento da Silva, com base no art. 5º do Decreto Presidencial nº 11.302/2022 (fls. 11/12).

Inconformado com a r. decisão, o *Parquet* busca a revogação do indulto concedido. Argumenta, para tanto, que *embora a Constituição Federal não mencione expressamente limites ao poder presidencial de indultar, dado o espectro abrangente dos termos do seu artigo 84, XII, é de se verificar que o estado democrático de direito não se coaduna com tamanha extensão, devendo-se examinar o instituto como um todo, notadamente os institutos da CONVENCIONALIDADE e da CONSTITUCIONALIDADE, sob pena de afronta à imperatividade da lei* - fls. 02/10.

Processado o recurso, em contraminuta (fls. 18/26), a defesa pugna para que seja negado provimento ao agravo ministerial.

O MM. juízo *a quo* manteve a r. decisão impugnada (fls. 27).

A d. Procuradoria Geral da Justiça não destoou do MP (fls. 62/68).

Houve expressa oposição ao julgamento virtual pela defesa do agravado - fls. 36.

É o relatório.

A decisão agravada veio fundamentada nos seguintes termos:

O sentenciado Erivaldo Nascimento da Silva, RG nº 15362822, por infração aos Art.1 "caput", V do(a) LEI 8137/1990 c/c Art. 69 "caput" do(a) CP e Art. 1 "caput", II do(a) LEI8137/1990(Denúncia) , foi condenado a pena privativa de liberdade, além de pagamento de pena de multa, pela Emérita 1ª Vara Criminal Foro de Mogi das Cruzes-SP, Processo nº0023653-69.2010.8.26.0361 (PEC nº 8833-64.2018); condenado a pena privativa de liberdade, além de pagamento de multa, pela Emérita 2ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes-SP, Processo nº0026869-38.2010.8.26.0361 (PEC nº 585-75.2019) e, condenado a pena privativa de liberdade, além de pagamento de multa, pela Emérita 2ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes-SP, Processo nº 0000217-13.2012.8.26.0361 (PEC nº 2257-24.2022).

A defesa ingressou com pedido de indulto, fundando-se no Decreto Presidencial nº11.302/2022.

O Ministério Público manifestou-se desfavoravelmente.

Entretanto, em que pese o brilhantismo do ilustre parquet, nota-se que até o momento não houve qualquer questionamento por parte da Procuradoria Geral da República em relação ao referido dispositivo, tal qual como ocorreu com a suspensão do artigo 6º pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal em decisão recente.

Acesso ao Sumário

Ademais, conforme prevê o artigo 5º, caput do Decreto Presidencial nº 11.302/2022: "Será concedido indulto natalino às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos."

Posto isto, com fundamento no artigo 5º, caput do Decreto Presidencial nº11.302/2022, reconheço estar o sentenciado Erivaldo Nascimento da Silva, RG nº 15362822, enquadrado no Indulto Presidencial, julgando EXTINTAS AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE, impostas nos Processos nº 0023653-69.2010.8.26.0361 das Emméritas 1ª Vara Criminal Foro de Mogi das Cruzes-SP (PEC nº 8833-64.2018), 2ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes-SP, Processo nº 0026869-38.2010.8.26.0361 (PEC nº 585-75.2019) e, 2ª Vara Criminal de Mogi das Cruzes-SP, Processo nº 0000217-13.2012.8.26.0361 (PEC nº 2257-24.2022). (...) - g.n., fls. 11/12.

Pois bem.

O recurso não comporta provimento.

Versa o questionado art. 5º do Decreto Presidencial n. 11.302/2022:

Art. 5º Será concedido indulto natalino às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos.

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, na hipótese de concurso de crimes, será considerada, individualmente, a pena privativa de liberdade máxima em abstrato relativa a cada infração penal.

Cumpre destacar que não se vislumbra inconstitucionalidade no sobredito artigo 5º do Decreto 11.302/2022, por mais que ele não ostente a melhor redação e nos cause incômodo.

Referida disposição encontra abrigo, bem ou mal, no artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal, que estabelece ser da competência privativa do Presidente da República conceder indulto e comutação de penas.

Ou seja, apenas referida autoridade, em manifestação soberana, pode conceder tais benesses e, por conseguinte, estabelecer os requisitos para aludida concessão.

Aliás, não se diga que não há requisitos para o reconhecimento do benefício, já que, lido o decreto por inteiro, constata-se que não poderá, o beneficiário, estar condenado em crimes cometidos com violência ou grave ameaça, estar condenado por crime hediondo ou equiparado, estar condenado por crime de violência doméstica ou outro previsto no extenso rol de lei elencadas no inciso III do art. 7º, estar condenado por determinados crimes do Código Penal ou do Código Penal Militar, ser integrante de facção criminosa (ainda que reconhecida tal circunstância somente no julgamento do indulto), estar cumprindo pena por outro crime impeditivo do art. 7º (com exceção da concessão com base no inciso III do caput do art. 1º).

Acesso ao Sumário

Embora o ideal fosse condicionar a concessão do benefício também a condições pessoais do condenado (cumprimento de parte da pena, primariedade e bom comportamento, por exemplo), não há empecilho Constitucional ou legal (vide art. 107, II, CP e 187 e seguintes da LEP) para que o benefício seja concedido com base em requisitos gerais, associados ao tipo de crime e circunstâncias da execução.

Nem se diga que haveria total desconsideração das vítimas dos crimes, já que os efeitos secundários da condenação não são atingidos, não se estendendo, o benefício, às penas restritivas de direitos e de multa (vide art. 8º).

Sendo assim cumpre ao julgador respeitar a decisão presidencial, restringindo-se a analisar no caso concreto se os requisitos exigidos estão ou não preenchidos.

Em outras palavras: não cabe ao Poder Judiciário, se imiscuir em competência de outro Poder, acrescentando exigências para que a vontade soberana se cumpra. Por se tratar de questionamento do próprio mérito (juízo de conveniência e oportunidade) da regra questionada, não há como considerá-la inconstitucional.

E nesse sentido tem caminhado a jurisprudência, conforme destacado em recentes julgados deste E. Tribunal e desta C. Câmara:

> *Agravo em execução penal. Indulto. Decreto Presidencial nº 11.302/2022. Pleito de declaração de inconstitucionalidade incidental do Decreto. Impossibilidade. Violação da cláusula de reserva de plenário.* ***Atribuição constitucional ao Presidente da República para elaboração do Decreto. Impossibilidade de impugnação de seu conteúdo diante da discricionariedade conferida constitucionalmente.*** *Recurso improvido.*
>
> (TJSP; Agravo de Execução Penal 0001987-38.2023.8.26.0496; Relator (a): Luiz Fernando Vaggione; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Ribeirão Preto/DEECRIM UR6 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 6ª RAJ; Data do Julgamento: 05/09/2023; Data de Registro: 05/09/2023) - g.n.
>
> *AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INDULTO. Decisão de primeiro grau que deferiu o pedido formulado pela defesa com base no Decreto Presidencial nº 11.302/22. Manutenção. Inconstitucionalidade do art. 5º do Decreto Presidencial. Não ocorrência. Indulto que é de competência privativa do Presidente da República, a partir de requisitos e critérios de conveniência e oportunidade. Precedentes. Mérito. Requisitos legais preenchidos. Sentenciado condenado por um único crime cuja pena máxima em abstrato não ultrapassa cinco anos. Decisão mantida. Recurso não provido.*
>
> (TJSP; Agravo de Execução Penal 0005740-46.2023.8.26.0320; Relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal;

Acesso ao Sumário

Foro de Limeira - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 05/09/2023; Data de Registro: 05/09/2023) - g.n.

AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. INDULTO. Decreto Presidencial nº 11.302/2022. Deferimento. Recurso ministerial. Alegação de inconstitucionalidade do artigo 5º do Decreto. Não acolhimento. Competência privativa do Presidente da República, vinculado a juízo de conveniência e oportunidade, nos termos do artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal. Sentenciada condenada como incursa no artigo 155, caput, do Código Penal, delito para o qual é cominada pena máxima em abstrato inferior a 5 (cinco) anos. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de Justiça. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0004444-43.2023.8.26.0496; Relator (a): Camargo Aranha Filho; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Ribeirão Preto/DEECRIM UR6 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 6ª RAJ; Data do Julgamento: 05/09/2023; Data de Registro: 05/09/2023) - g.n.

AGRAVO EM EXECUÇÃO. Indulto. Ministério Público que objetiva, em síntese, a cassação da concessão do benefício requerendo a declaração da inconstitucionalidade do artigo 5º do Decreto nº 11.302/2022 ou o reconhecimento da ausência do cumprimento dos requisitos insculpidos no respectivo instrumento normativo. Mérito. Agravante que preenche todas as condições legais para o tanto. Execuções relativas aos crimes de furto e de falsa identidade que podem ser abrangidas pela benesse pleiteada. Inocorrência de concurso com delitos impeditivos. ***Impossibilidade de subordinar o indulto a reclamos não exigidos pela Presidência da República, a quem compete privativamente definir os pressupostos do benefício em questão. Inteligência do artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal.*** *Decisão mantida. Agravo desprovido.*

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0002726-69.2023.8.26.0509; Relator (a): Ana Zomer; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Araçatuba/DEECRIM UR2 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 2ª RAJ; Data do Julgamento: 04/09/2023; Data de Registro: 04/09/2023) - g.n.

Agravo em Execução - Indulto de pena com fulcro no Decreto nº 11.302/2022 - Deferimento - ***Recurso objetivando, preliminarmente, o reconhecimento da inconstitucionalidade incidental do artigo 5º, caput, do Decreto nº 11.302/2022 - Rejeição - Competência discricionária e exclusiva do Presidente da República na elaboração do texto normativo, a teor do artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal - Ao juiz, em obediência obrigatória ao princípio da separação dos poderes, compete***

Acesso ao Sumário

unicamente verificar se presentes os requisitos estabelecidos no decreto presidencial concessivo do indulto de penas e, em caso positivo, proferir decisão de cunho meramente declaratório, proclamando o direito do condenado à benesse *- No mérito, recurso objetivando a revogação do benefício e o prosseguimento da execução da pena indultada objeto da Execução - Admissibilidade - Reeducando condenado por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato é superior a cinco anos - Inteligência do artigo 5º, caput, do Decreto nº 11.302/2022. Preliminar rejeitada e recurso provido.*

(TJSP; Agravo de Execução Penal 0007659-79.2023.8.26.0996; Relator (a): Moreira da Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Presidente Prudente/DEECRIM UR5 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 5ª RAJ; Data do Julgamento: 01/09/2023; Data de Registro: 01/09/2023) - g.n.

No caso, extrai-se dos presentes autos que o agravado, primário, foi condenado em razão da prática de crimes contra a ordem tributária:

Autos n. 0000217-13.2012.8.26.0361 (PEC n. 0002257-24.2022.8.26.0520): condenado ao cumprimento da pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de dezenove dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 1°, I e II, da Lei n. 8137/1990.

Autos n. 0023653-69.2010.8.26.0361 (PEC n. 0008833-64.2018.8.26.0361): condenado ao cumprimento da pena de 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial aberto, além de vinte dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 1°, II, c.c. art. 11, caput, ambos da Lei n. 8137/1990. A pena privativa de liberdade foi convertida em PRD. Houve a reconversão para PPL em 24/01/2019.

Autos n. 0026869-38.2010.8.26.0361 (PEC n. 0000585-75.2019.8.26.0361): condenado ao cumprimento da pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, além de onze dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 1°, II, da Lei n. 8137/1990. A pena privativa de liberdade foi convertida em PRD. Não localizado, houve a reconversão para PPL em 16/05/2022 (c.f. decisão de fls. 48/49 dos autos do PEC).

Como a pena máxima em abstrato não ultrapassa 5 anos, houve a extinção das penas privativas de liberdade com base no artigo 5º, caput, do Decreto Presidencial nº 11.302/2022.

Ademais, como já decidido por esta Relatoria nos autos do agravo de execução de n. 0006423-40.2023.8.26.0496, o limite de 05 anos deve ser aferido nos delitos de forma isolada, desconsiderando a somatória total da pena que o sentenciado porventura expia.

A propósito, recente decisão proferida pela Quinta Turma da C. Corte Superior sobre o tema:

Acesso ao Sumário

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. IMPUGNAÇÃO MINISTERIAL. INDULTO. DECRETO 11.302/2022. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º REJEITADA. ***INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DO ART. 5º E DO ART. 11. INEXISTÊNCIA, NO DECRETO PRESIDENCIAL, DE DEFINIÇÃO DE PATAMAR MÁXIMO DE PENA (SEJA EM ABSTRATO OU EM CONCRETO) RESULTANTE DA SOMA OU DA UNIFICAÇÃO DE PENAS, COMO REQUISITO A SER OBSERVADO NA CONCESSÃO DO INDULTO****. EXECUTADO QUE PREENCHE OS REQUISITOS POSTOS NO DECRETO PARA OBTER O INDULTO DE DOIS DELITOS DE FURTO SIMPLES PELOS QUAIS CUMPRE PENA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

(...)

4. ***Não há como se concluir que o limite máximo de pena em abstrato estipulado no caput do art. 5º do Decreto 11.302/2022 somente autoriza a concessão de indulto se o prazo de 5 (cinco) anos não for excedido após a soma ou unificação de penas prevista no caput do art. 11 do mesmo Decreto presidencial.***

5. ***A melhor interpretação sistêmica oriunda da leitura conjunta do art. 5º e do art. 11 do Decreto n. 11.302/2022 é a que entende que o resultado da soma ou da unificação de penas efetuada até 25/12/2022 não constitui óbice à concessão do indulto àqueles condenados por delitos com pena em abstrato não superior a 5 (cinco) anos, desde que (1) cumprida integralmente a pena por crime impeditivo do benefício; (2) o crime indultado corresponda a condenação primária (art. 12 do Decreto) e (3) o beneficiado não seja integrante de facção criminosa (parágrafo 1º do art. 7º do Decreto).***

6. Chega-se a tal interpretação levando-se, em conta, em primeiro lugar, o texto do parágrafo único do art. 5º que expressamente consigna que, "na hipótese de concurso de crimes, será considerada, individualmente, a pena privativa de liberdade máxima em abstrato relativa a cada infração penal".

7. Ademais, ***é de se reconhecer que, se o art. 11 quisesse estabelecer critério complementar de observância também de limite de pena máxima após a soma ou a unificação de penas, o próprio artigo 11 teria especificado expressamente esse limite ou se reportado a critério posto em outro dispositivo do Decreto, mas não o fez.***

E, "Consoante a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ***a interpretação extensiva das restrições contidas no decreto concessivo de comutação/indulto de penas consiste, nos termos do art. 84, XII, da Constituição Federal, em invasão à competência exclusiva do Presiden-***

Acesso ao Sumário

***te da República**, motivo pelo qual, preenchidos os requisitos estabelecidos na norma legal, o benefício deve ser concedido por meio de sentença - a qual possui natureza meramente declaratória -, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade" (AgRg no REsp n. 1.902.850/GO, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 20/4/2023). Precedentes.*

*8. Por fim, **a correta interpretação sistêmica a se dar às duas normas em comento exsurge, sem sombra de dúvidas, quando se lê o texto do parágrafo único do art. 11**. Nele expressamente se veda a concessão de indulto a crime não impeditivo, enquanto não tiver sido cumprida a pena integral do crime impeditivo. A contrario sensu, **tem-se que o apenado que tiver cometido um crime impeditivo e outro não impeditivo poderá, sim, receber o indulto.***

*Veja-se que, **se não a totalidade, a grande maioria dos delitos indicados como impeditivos no art. 7º do Decreto possuem pena máxima em abstrato superior a 5 anos. Com isso em mente, se a soma das penas, por si só, constituísse um óbice à concessão do indulto, um executado que tivesse cometido furto simples ou receptação simples (cuja pena máxima em abstrato é de 4 anos) em concurso com tráfico de drogas (pena de reclusão de 5 a 15 anos), jamais poderia receber o indulto se fossem somadas suas penas em abstrato ou em concreto, já que a pena mínima do tráfico já é de 5 anos e, somada à pena mínima do furto (1 ano), excederia o patamar de 5 anos**. No entanto, não foi isso que o parágrafo único do art. 11 deliberou.*

9. Situação em que a decisão agravada concedeu a ordem de ofício, para restabelecer decisão do Juízo de execução que havia concedido ao paciente o indulto de duas penas de furto simples, nos quais o apenado era primário, não havendo crime impeditivo entre as execuções penais do reeducando.

10. Agravo regimental do Ministério Público estadual a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 824.625/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 26/6/2023.) - g.n.

Irretocável, pois, a sentença guerreada, não podendo ser reconhecida a inconstitucionalidade aventada.

Pelo exposto, **NEGA-SE** provimento ao recurso, considerando-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1536966-63.2022.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ERICK HENRIQUE GONÇALVES DE OLIVEIRA e BEATRIZ DOS SANTOS DA PAZ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.524)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERMANN HERSCHANDER (Presidente sem voto), MARCO DE LORENZI e MIGUEL MARQUES E SILVA.

São Paulo, 6 de dezembro de 2023.

WALTER DA SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO MAJORADA (CONCURSO DE AGENTES, EMPREGO DE ARMA DE FOGO E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSOS DAS DEFESAS. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS. PROVAS SEGURAS. MAJORANTES COMPROVADAS. CRIMES AUTÔNOMOS COM DESÍGNIOS DISTINTOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENAS ADEQUADAMENTE FIXADAS. REGIME ESTABELECIDO COM CRITÉRIO. RECURSOS IMPROVIDOS.

VOTO

ERICK HENRIQUE GONÇALVES DE OLIVEIRA e BEATRIZ DOS SANTOS DA PAZ **APELAM** da r. sentença de fls. 425/452, prolatada pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Fábio Aguiar Munhoz Soares, que os condenou, ambos como incursos nas sanções impostas no artigo 157, §2º, incisos II e V, e §2º-A, inciso I, e artigo 158, §1º e §3º, ambos c.c. artigo 29, na forma do artigo 69, tudo do Código Penal, cada qual à pena de 15 (quinze) anos, 9 (nove) meses e 10

Acesso ao Sumário

(dez) dias de reclusão, no regime inicial fechado e multa de 30 (trinta) diárias, no valor unitário mínimo.

Preliminarmente, suscitam cerceamento de defesa (ao argumento de que as investigações não teriam sido encerradas; de que o processo carece de laudos complementares e que as Defesas não tiveram acesso a todos procedimentos relacionados ao processo principal). No mérito, insurgem-se pretendendo a absolvição. Subsidiariamente, a apelante Beatriz pretende, ainda, o redimensionamento da reprimenda, a menor (fls. 475/497 e 517/528).

Regularmente processados os recursos, o *Parquet* apresentou contrarrazões às fls. 540/551.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 560/568, opina pelo improvimento total dos apelos interpostos.

É O RELATÓRIO.

Preliminarmente

Inexistiu o propalado cerceamento de defesa, até porque o inquérito policial, procedimento administrativo de caráter inquisitório, não se sujeita aos princípios do contraditório e da ampla defesa, inerentes ao processo judicial. A função do inquérito policial é fornecer elementos de informação que possibilitarão a propositura da ação penal pelo órgão acusatório.

Ademais, a Defesa teve a oportunidade de conhecer o conteúdo das provas amealhadas em diligências policiais e sobre elas se manifestar. Não há, portanto, que se falar em nulidade, ante a não demonstração de prejuízo à defesa do réu.

De mais a mais, como é sabido, eventuais irregularidades ocorridas na fase inquisitória não contaminam o desenvolvimento da ação penal, restando superadas com o encerramento do inquérito e o consequente recebimento da denúncia.

Quanto ao mais, confunde-se com o mérito da causa e com ele será examinado.

No mérito

Consta dos autos que, no dia 15 de outubro de 2022, por volta das 22h40, na Rua Antônio Grave, 33, nesta Cidade e Comarca de São Paulo-SP, BEATRIZ DOS SANTOS DA PAZ e ERICK HENRIQUE GONÇALVES DE OLIVEIRA, qualificados às fls. 72 e 70, previamente ajustados, agindo em concurso de agentes, com unidade de desígnios entre si e com outros indivíduos ainda não identificados, mediante violência e grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, restringindo a liberdade da vítima *F. B. A. R.*, concorreram para a subtração, para proveito comum, do veículo Audi/Q3, placas ..., cinza, um relógio de pulso, marca Garmin, um aparelho de telefonia celular, marca Apple, 03 cartões bancários e uma Carteira Nacional de Habilitação, todos pertencentes ao ofendido (auto de exibição e apreensão fls. 05; 15 e laudo pericial fls. 56/60

Acesso ao Sumário

e boletim de ocorrência de fls. 09/13).

Consta ainda que, nas mesmas condições de tempo, local e modo de execução, BEATRIZ DOS SANTOS DA PAZ e ERICK HENRIQUE GONÇALVES DE OLIVEIRA, já qualificados, em concurso de agentes com outros indivíduos não identificados, concorreram para o constrangimento da vítima *F. B. A. R.*, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e restrição de sua liberdade, condição esta necessária para a obtenção da vantagem econômica, a fornecer senhas bancárias, do celular e de aplicativos.

Segundo restou apurado, na data supramencionada, após conhecer e conversar com pessoa que acreditava chamar-se "Gabriela Ferraz", por meio de redes sociais Instagram: @ferrazgabi01 e pelo número 11-91732-5860 (VIVO), IMEI 359260106210190, a vítima se dirigiu à Rua Antonio Grave, nº 33, Jaraguá, nesta cidade, local onde previamente combinou de se encontrar com "Gabriela". Assim que chegou, o ofendido estacionou seu veículo Audi/Q3, placas ... na via pública e ficou à espera de "Gabriela", inclusive lhe encaminhando mensagem avisando que já havia chegado, tendo ela respondido que estava procurando sua chave para sair de casa. Enquanto a aguardava, o ofendido visualizou um automóvel Ford/Fiesta de cor branca se aproximar em alta velocidade.

Do referido veículo, desembarcaram dois agentes, que exigiram que a vítima fosse para o banco de trás de seu veículo, tendo um deles assumido a direção do Audi e outro permanecido ao lado do ofendido no banco traseiro, com uma arma entre as pernas. Ambos tomaram o celular da vítima, afirmaram ser um sequestro e ameaçaram dar-lhe um tiro na cabeça.

Assim que saíram do local, os agentes dirigiram-se até um lugar onde havia um caminhão estacionado e, neste local, um outro agente entrou no veículo e exigiu que a vítima lhe fornecesse as senhas dos aplicativos das instituições financeiras que tinha em seu celular iPhone, bem como a senha deste. Tão logo as senhas foram fornecidas, este agente se afastou e os dois primeiros que abordaram o ofendido seguiram em direção ignorada, levando a vítima consigo.

No trajeto percorrido, o terceiro agente ligava para o condutor do veículo e pedia que a vítima repetisse as senhas anteriormente informadas.

Após aproximadamente 30 minutos, quando trafegavam pela Rua João XXIII, Jardim Elvira, aproveitando-se que o agente armado se distraiu com um cigarro eletrônico que estava no veículo e um telefone celular, deixando a arma de fogo entre suas pernas, a vítima se apossou do revólver e o disparou na direção ao agente que estava conduzindo o veículo.

Em seguida, após um embate pela posse da arma de fogo, vencido pelo ofendido, este conseguiu abrir a porta do automóvel ainda em movimento e dele pulou, correndo na direção contrário à do veículo. Em busca de socorro, o ofendido pulou o muro de uma residência, levando consigo a arma de fogo, e lá pediu socorro, sendo acionada a polícia militar.

Acesso ao Sumário

Em decorrência da queda, a vítima sofreu ferimentos e foi levada ao nosocômio, onde ficou internada até o dia seguinte.

Após os fatos, a vítima constatou que foram realizadas três transações indevidas nas contas bancárias da vítima, nos valores de R$150,00, R$200,00 e R$188,88, todas em benefício de "pag.conteudo30ujrn".

No curso das investigações, identificou-se a participação dos imputados, em especial por meio dos telefones, e-mails, redes sociais e endereços IPS utilizados no crime, tudo conforme os documentos de fls. 75/110 e o relatório de investigações de fls. 111/117.

Assim, apurou-se que:

(i) o telefone utilizado pelos agentes para conversar com a vítima (11-91732-5860 com IMEI 359260106210190) estava falsamente cadastrado em nome de R. C. B., pois na verdade, pertencia a L. O. de M., que foi vítima de crime de extorsão com restrição da liberdade em 21/09/2022 (B.O. GW5637-3/2022), praticado com o mesmo *modus operandi*, sendo a vítima atraída até o local da abordagem por uma mulher;

o extrato de ligações do telefone utilizado pelos extorsionários indicou o telefone de BEATRIZ (11-94902-7609) como um dos principais interlocutores;

(iii) o provedor de aplicação GOOGLE informou que o IMEI 359260106210190, que é do telefone utilizado pelos extorsionários, teve os seguintes e-mails cadastrados: EmersonSheik2015@gmail.com e - ferrazgabs007@gmail.com: Registration Time: Oct 21,2022, 1:01:33 AM UTC First Data Connection Time: Oct 21, 2022, 1:01:34 AM UTC Time of Last Data Connection: Oct 28, 2022, 3:46:22 PM UTC; 14. victorhenrique20012000@gmail.com; Registration Time: Sep 23, 2022, 1:39:40 PM UTC First Data Connection Time: Sep 23, 2022, 1:39:40 PM UTC Time of LastData Connection: Oct 20, 2022, 8:20:33 PM UTC Reason for Last Data Connection: Device Booted;

(iv) o email emersonsheik2015@gmail.com, segundo o Google, possui como número de telefone de verificação 11- 98665-3775, o qual, segundo a operadora TIM, pertence a ERICK HENRIQUE GONÇALVES DE OLIVEIRA;

(v) os endereços de IP utilizados para conectar o aplicativo WhatsApp dos extorsionários (11 91732-5860) pertencem à operadora VIVO, em específico, Vivo Fibra, banda larga residencial, e o cadastro pertence a BEATRIZ DOS SANTOS DA PAZ;

(vi) em relação à rede social Instagram, perfil "ferrazgabi01", também utilizada pelos extorsionários, o provedor de aplicação informou que o número de telefone de verificação via SMS é 11 98136-2497. Atualmente, este número está em nome de Arnaldo Muniz Olivato, no entanto, o IMEI utilizado em tal número é o mesmo dos extorsionários (359260106210190);

(vii) O Instagram também forneceu o número (11) 98482-9455 como verificado no usuário ferrazgabi01. Tal número está na operadora TIM, em nome

Acesso ao Sumário

de BEATRIZ DOS SANTOS DA PAZ;

(viii) Foram encontrados IP´s de acesso da Vivo no perfil ferrazgabi. A Vivo informou que os IP´s foram utilizados por BEATRIZ DOS SANTOS DA PAZ, através de internet banda larga.

Portanto, todos os dados levantados pela polícia civil apontam, claramente, o envolvimento dos denunciados nos crimes em testilha, para os quais concorreram ativamente.

Materialidade e autoria restaram evidenciadas pelo acervo probatório, especialmente pelos documentos de fls. 75/110, pelo relatório de investigações de fls. 111/117 e pela prova oral coligida.

De início, peço vênia para adotar a cuidadosa e não contestada reprodução, feita na r. sentença, da prova oral produzida durante a instrução criminal.

Na fase policial, BEATRIZ, em suma, negou qualquer relação com os fatos em apuração, mas acabou por delatar o envolvimento de Erick, declarando: *"que conheceu o ERICK em 2019 através de amizades em comum. Posteriormente, começaram a se relacionar amorosamente. atualmente, possui uma filha com ele, nascida em 07/02/2023 - L. H. G. Dos S.. Sobre envolvimentos criminosos de ERICK, disse desconhecer. Sobre ERICK, disse que trabalha em uma pizzaria como entregador. Pizzaria B., que fica no bairro da Casa Verde - SP, não sabendo precisar o endereço, trabalhando das 18:00 às 23:00. Em relação aos aparelhos celulares apreendidos em poder de ERICK, disse saber da procedência apenas do Iphone, desconhecendo a origem do Samsung. Sobre proventos financeiros, ERICK também faz bicos de entrega de marmita, durante a manhã, e que faz entregas via Ifood quando uma oportunidade aparece. Sobre a pessoa de R. C. B. e o telefone 11-91732-5860 - número que realizou 7 ligações para o seu telefone no dia 21/10/2022, disse desconhecer. Afirma que o número 11-98665-3775 pertence a ERICK, assim como o email emersonsheik2015@gmail.com . A máquina de cartão de crédito encontrada na residência pertence a ERICK, o qual tinha uma loja de roupas. Reinquirida sobre eventual participação de ERICK, afirma que cerca de 4 meses atrás viu ERICK mexendo em aplicativo de relacionamento TINDER e no INSTAGRAM com perfil diverso do dele. Questionou ERICK sobre o porquê daquilo e se tocou do que ocorria, uma vez que a mídia mostrava rotineiramente casos de "sequestro do Tinder". ERICK disse que "ia parar" e que ele estava fazendo aquilo porque precisava "levantar um dinheiro" para comprar um apartamento, pois atualmente vivem na casa acompanhados de seus cunhados JIMMY CLIFF e VINICIUS. Afirma ter presenciado ERICK chegar em casa com dinheiro em espécie, mas que "não muito", cerca de R$ 2.000,00 (dois mil reais) em espécie, o que acredita não condizer com a função de entregador de pizza. Disse também ter visto ERICK se encontrar com pessoas "estranhas" em sua residência, do lado de fora, acreditando tratar-se das pessoas envolvidas no crime, mas os desconhece por*

Acesso ao Sumário

completo. Afirma que não viu ERICK portando armas ou as trazendo para dentro de casa. Recentemente, ERICK chegou em casa com um veículo i30 prata, dizendo que o adquiriu juntando um dinheiro e utilizando dinheiro da venda de outro veículo Peugeot. Sobre sua participação, a interrogada negou. Confrontada com as informações constantes do relatório de investigação de que conta de Instagram utilizada para atrair as vítimas teria sido ativada em seu número celular, afirmou que não autorizou tal ato. Sobre a utilização da rede wifi em seu nome, disse que tinha uma conta da Vivo, mas não mais o possui. Afirmou desconhecer SUELI DE JESUS LIMA, ROCHELLY CRISTINY CARVALHO e MAURICIO FRANCISCO DA SILVA. A interrogada afirma reconhecer a fotografia de exibição utilizada por "Gabi Ferraz" como a fotografia do perfil utilizado por ERICK" (fls. 68).

Em Juízo - com o nítido intuito de eximir o réu da responsabilidade pelo evento criminoso - retratou-se. A increpada *"negou as acusações, dizendo que emprestava a rede de wifi que tinha, pois Erick tinha uma loja de roupas e então era comum emprestar a senha para familiares, clientes e amigos que iam até lá. Desconhece o e-mail que Erick usava. Não confirmou o que o delegado disse em juízo de que ela falou para ele que já havia visto Erick fazendo coisas erradas para levantar um dinheiro para comprar um apartamento. Informou que a linha de seu aparelho celular é 94902-7609, TIM, Iphone, comprado por Erick de um amigo. Não sabe dizer de quem é o telefone Samsung que foi apreendido. Disse que a linha 11 984829455 era sua há muito tempo. Reconhece a linha 11 986653775 como sendo do Erick. Desconhece a linha 11 917325860, bem como a pessoa de R. C. B.. Afirmou que Erick tinha sua senha de desbloqueio do celular e costumava usá-lo. Disse que não sabe se Erick ou seus cunhados, com quem morava, praticavam atos criminosos. Não sabe se Erick tinha conta no Tinder, sendo que ela não tinha. Sua conta no Instagram é Beatriz Paz e não conhece a conta GabiFerraz01. Nunca viu nenhuma arma com Erick nem em sua casa"* (gravação audiovisual).

ERICK, por seu turno, na Delegacia limitou-se a negar a autoria delitiva e/ou participação, e se reservou em seu direito constitucional ao silêncio (fls. 70).

Em Juízo, insistiu em negar os fatos, alegando (...) *"que o celular que estava em sua posse, de propriedade da vítima sequestrada, comprou na feira do rolo, pois costumava comprar e revender. Alegou que após sua prisão, sofreu ameaças de vários policiais para que confessasse o crime. Disse que tinha dois empregos, no almoço e a noite na pizzaria e que recebia por pix em conta no Bradesco. Já chegou em casa com cerca de R$2.000,00 reais em dinheiro, justificando ser de 13° salário. Esclareceu que o depoimento de Beatriz na delegacia deve ter sido forçado pelos policiais, pois negou ter o aplicativo tinder e usar conta estranha à sua no Instagram. Confirmou ser corinthiano,*

Acesso ao Sumário

que o número de celular é 11-98665-3775, mas negou que a conta de e-mail emersonsheik2015@gmail.com seja sua. Informou que também tem uma loja de roupas chamada "jhconceito" física e online, recebendo em dinheiro e cartão, pois tinha maquininha "Ton", cadastrada em nome da Beatriz, na qual passava as compras da loja. Negou ter maquininha da moderninha "pagseguro". Disse ter dois perfis no Instagram, um em seu nome (Erick Oliveira) e um em nome de sua loja (jhconceito). Informou que sua rede de wifi, da Vivo, de sua casa, era aberta e estava ativa quando veio a ser preso" (gravação audiovisual).

Porém, as versões exculpatórias apresentadas, nada críveis e deveras pueris, restaram dissociadas do conjunto probatório amealhado.

Com efeito, a vítima F.B.A.R., sempre que ouvida, descreveu pormenorizadamente a dinâmica do roubo e da extorsão que sofreu, inclusive no que toca à ação conjunta dos assaltantes, à grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e à restrição de sua liberdade, secundando a acusação. Confirmando, na essência, seu primitivo relato, narrou em Juízo *"que conheceu uma moça pelo aplicativo "instagram" e que combinou de se encontrar com ela no dia dos fatos. Assim, para constatar que se tratava da mesma pessoa, realizou uma chamada de vídeo, confirmando que a mulher que atendeu era a mesma das fotos no Instagram. Mais tarde, foi até a casa dessa moça para buscá-la, como haviam combinado e enquanto a aguardava dentro do carro ficou conversando pelo WhatsApp com a moça. Nesse ínterim, um veículo Ford Fiesta entrou na rua e parou o carro ao lado do seu. Desembarcaram dois homens com armas, anunciando o assalto. Abriu o vidro do carro e como não estava conseguindo tirar o cinto de segurança, tomou uma coronhada na cabeça, sendo após encaminhado para o banco de trás quando os criminosos falaram que se tratava de um sequestro. No veículo havia dois agentes com ele, um que dirigia o veículo e outro que ficou no banco de trás com ele, sentado atrás do banco do motorista, enquanto o declarante sentou-se no banco de trás do lado direito. Permaneceu o tempo todo com a cabeça para baixo, rodaram muito e pararam em um local, com muitos caminhões de carga parados, sendo que o Ford Fiesta estava estacionado ali. Nisso, um homem mais velho se aproximou e pediu seu Iphone e suas senhas, sob ameaça. Após entregar seu Iphone com suas senhas, saíram novamente. De tempos em tempos o homem que ficou com seu Iphone ligava para o motorista e pedia para confirmar novamente as senhas que ele havia informado. Após andarem mais uns 30 minutos, já numa favela, levantou a cabeça e conseguiu ver que no celular do motorista apontava, pelo aplicativo waze, que faltava apenas umas três ruas para chegarem até o destino final, ou seja, o cativeiro e foi aí que bateu o desespero e ficou mais amedrontado com receio por sua vida, pois não se tratava de simples roubo, mas de sequestro. Como já tinha observado que os criminosos estavam fumando seus cigarros eletrônicos que estavam no carro, distraídos com uma das mãos, resolveu tomar o revólver*

Acesso ao Sumário

que estava entre as pernas do agente do banco de trás. Disparou tiros contra o motorista, acreditando que conseguiu atingir algum deles e saiu do carro. Após sair correndo, pulou o muro de uma casa, sendo que seu tênis e a arma ficaram para trás e se machucou com a queda. Pediu para que o dono da casa ligasse para a polícia e, assim, a polícia chegou ao local após 1h30. Com a chegada da polícia foi levado ao hospital, pois estava machucado. Quando foi à delegacia não conseguiu fazer o reconhecimento por foto. No total teve um prejuízo de aproximadamente R$538,38 em compras com seu cartão, um par de tênis de aproximadamente mil reais, um relógio Garmin de aproximadamente 2 mil reais e um Iphone. Disse que fez contato com a ré, que usava o nome de "Gabi Ferraz" pelo Instagram e que o número de telefone dela era 11 917325860. Recorda que ficou cerca de duas horas no veículo sob ameaças dos criminosos e ficou cerca de 6 horas no hospital, onde soube que mais um homem deu entrada baleado" (gravação audiovisual).

E não há qualquer razão para se colocar à prova a credibilidade do relato da vítima, sobretudo porque se apresenta em conformidade com os demais elementos de convicção. Eventuais divergências sobre aspectos periféricos não têm o condão de macular a prova coligida e elidir a responsabilização criminal dos apelantes.

Ressalte-se, ainda, que a palavra da vítima merece especial relevância, consoante a torrencial jurisprudência e a lição dos doutrinadores quanto à sua validade, mormente quando inexiste motivo para infundada incriminação a inocente, como *in casu*.

Confira-se:

> PROVA CRIMINAL - Roubo - Palavra da vítima coerente, segura e afinada com os demais elementos existentes nos autos - Prevalecimento sobre a do réu - Recurso não provido - JTJ 252/445.

Aos seguros relatos da vítima, se acrescentem as declarações de ALEX SANDRO, ouvido exclusivamente em solo policial, que esclareceu *"que fora vítima do crime de extorsão mediante sequestro. Neste ato, questionado sobre o contato feito com o número 11 981362497, no dia 04/11/2022, afirma que se trata de uma pessoa que conheceu através do aplicativo Tinder, não se lembrando o perfil do Instagram e que o nome utilizado é "Juliana". Afirma que marcou com a suposta pessoa na Zona Norte da cidade de São Paulo, não se recordando do endereço ao certo, acreditando tratar-se do bairro Vila Nova Cachoeirinha, comprometendo-se a fornecer tais informações em momento posterior. Ocorre que o endereço fornecido por tal pessoa não era preciso e não conseguiu encontrar o local. Posteriormente, os autores desistiram e a interlocutora disse que, pela demora, já havia se desarrumado e não mais sairia com a vítima. Após, tomou rumo para sua casa"* (fls. 48).

O Delegado de Polícia condutor das investigações, Dr. ALEXANDRE

Acesso ao Sumário

MARCOS K. C. E SILVA, disse em Juízo *"que iniciou as investigações de quebra de sigilo telefônico e, a partir desses dados, obteve o número do IMEI do celular que foi utilizado para atrair as vítimas. Descobriu esse IMEI por meio do aparelho celular da primeira vítima. A partir desse IMEI, conseguiu chegar em diversos acessos feitos pela conta da Sra. Beatriz e o e-mail (do google) cadastrado no nome do acusado Erik. Disse, inclusive, que o e-mail era o nome, sobrenome e a data de nascimento do acusado. Disse que diversos telefones que foram habilitados neste número de IMEI redundaram sempre para o acusado Erick. Os únicos números que esse número foi utilizado foi com a vítima F. e com Beatriz, a principal interlocutora, com 7 ligações. Posteriormente, o mesmo IMEI foi utilizado em outros cadastros, um para cada vítima. Disse que esses outros cadastros seguiam o mesmo esquema, ou seja, ligações para as vítimas e para Beatriz. Esse número de IMEI já era de um crime de extorsão anterior. A mudança do email dessa vítima (do crime anterior) para o email do Erick se deu enquanto a vítima ainda estava em cativeiro. Após isso, Erick passou a usar esse celular para atrair novas vítimas. Disse que a vítima Alex só não foi sequestrada porque não achou o endereço. No dia de busca e cumprimento do mandado de prisão do acusado Erick, localizaram com ele mais um celular, que também teria sido obtido em outro crime de extorsão. Esse aparelho ainda está sendo periciado, não tendo sido retornado o laudo. Disse que são vários núcleos, sendo que o dos acusados é justamente enganar as vítimas, passando-se por mulheres nas redes sociais e marcando encontros. Em seguida, outro grupo de criminosos ficaria responsável pelo sequestro da vítima. Nesse sentido, disse que não estranha o fato de a vítima não ter reconhecido o acusado, pois foram outras pessoas que praticaram o sequestro, visto que os acusados teriam participado apenas das conversas online. Disse que quem atrai a vítima muito difícil vai arrebatá-la. Portanto, há vários intermediários na organização criminosa. Questionado pela defesa acerca da perícia no local do crime (vítima F.), disse que o veículo da vítima foi periciado. Acerca das câmeras de segurança no local dos fatos, disse que as placas são ilegíveis. Acerca da requisição do exame e corpo de delito da vítima, respondeu que a vítima estava enfaixada, sendo que o IML não procede a exame nesses casos. Acerca do exame papiloscópico, disse que este deu negativo, sendo anexado o resultado no boletim de ocorrência. Questionado pela defesa acerca da possibilidade de um terceiro indivíduo habilitar o email de outra pessoa em seu celular, se alguém poderia habilitar o email do acusado Erick, respondeu que sim. Questionado acerca dos beneficiários das transações bancárias, respondeu que as duas pessoas, Sueli e Rochelle Cristina, fazem parte do lucro financeiro, sendo que as duas também foram beneficiadas em outros casos, que já estão sendo investigadas. O cartão teria sido passado em uma maquininha dos próprios criminosos. Portanto, não são compras. Teve contato com Beatriz no dia dos cumprimentos dos manda-*

Acesso ao Sumário

dos, sendo que ela lhe disse que já havia pedido para Erick parar de praticar os crimes, sabia que ele praticava esses golpes porque precisava juntar um dinheiro. A acusada disse que viu o perfil, no Instagram e no Tinder, da "Gabi Ferraz" no telefone de Erick".

Relevante depoimento também prestou o Investigador Washington Farides que, confirmando os termos do relatório de fls. 111/117 e as declarações de seu colega Júlio Cesar de Andrade na fase policial, descreveu em Juízo todo o trabalho investigativo que levou ao esclarecimento do esquema criminoso e revelou o envolvimento dos apelantes (gravação audiovisual).

Com relação aos depoimentos dos policiais civis, apresentam-se uniformes e incontroversos ao descreverem os fatos, consonantes com os demais elementos de provas amealhados. No mais, não é possível vislumbrar nenhum motivo para que incriminassem falsamente inocentes.

Ressalte-se que a valoração do depoimento de agentes públicos obedece aos mesmos princípios aplicados ao restante das pessoas, pois seria um absurdo considerar a condição funcional como fator de inidoneidade.

Assim:

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-la pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação policial, age facciosamente, ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos" (HC 74.608-0/SP; Relator Ministro Celso de Mello, J. 18.02.1997).

E ainda:

"Os funcionários da Polícia merecem, nos seus relatos, a normal credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. Enquanto isso não ocorre e desde que não defendam interesse próprio, mas agem na defesa da coletividade, sua palavra serve a informar o convencimento do Julgador" (Ap. 186.858-3 - 1ª Câm. Criminal TJSP - Rel. Des. Jarbas Mazzoni; JTJ 176/314).

Meras conjecturas e ilações sobre a conduta do Delegado de Polícia na condução das investigações, seguidas da absurda acusação de que a autoridade policial teria prestado falso testemunho, sem que se demonstre concretamente seu induvidoso interesse no desfecho da lide, não implica na desconstituição da prova.

Diante de tal cenário, diversamente do que alega a Defesa, não há falar

Acesso ao Sumário

em fragilidade probatória quando os elementos trazidos aos autos indicam a prática criminosa por parte dos acusados.

Devidamente comprovados os crimes descritos na denúncia e a responsabilidade dos réus, notadamente diante das provas amealhadas durante o minucioso trabalho investigativo policial (por meio dos telefones, e-mails, redes sociais e endereços IPS utilizados no crime, tudo conforme os documentos de fls. 75/110 e o relatório de investigações de fls. 111/117), a semelhança do *modus operandi* e, não se olvide, a delação extrajudicial de Beatriz; elementos probatórios estes que constituem, de maneira indubitável, fortes fatores de formação de convicção.

Era mesmo inafastável a condenação, porquanto comprovado o liame subjetivo entre os réus, companheiros, que se utilizaram de telefones celulares obtidos através de extorsão mediante sequestro para aplicar golpes por meio das redes sociais, atraindo novas vítimas.

Nesse passo, considerando a função exercida pelos agentes na empreitada criminosa (qual seja, atrair, não arrebatar as vítimas), a ausência de reconhecimento pelo ofendido em nada os beneficia.

A falta de diligências complementares ("laudos periciais de imagem, voz, papiloscópico e sangue encontrados no veículo, assim como exame de corpo de delito da vítima e do local do crime") igualmente está longe de macular o conjunto probatório amealhado, sobretudo porque totalmente dispensáveis para os fatos imputados aos réus nestes autos.

No mais, o concurso entre os crimes de roubo e extorsão é material, pois, embora sejam do mesmo gênero, não são crimes da mesma espécie. Destarte, inviável se falar em crime único ou mesmo na aplicação do princípio da consunção, uma vez que a conduta de subtração dos bens móveis do ofendido não se mistura com a de compeli-lo, mediante violência ou grave ameaça, a fornecer seus cartões e senhas para a realização de transferências/saques.

Sobre o tema, oportuno trazer à baila os seguintes arestos do Excelso Pretório:

> **STF**: *"Roubo e extorsão não são crimes da mesma espécie, e, por isso, não há, quanto a eles, continuidade delitiva, mas, sim, concurso material (RT 603/438-9).*
> *Crimes de roubo e de extorsão - Ilícitos penais que não constituem "crimes da mesma espécie" - Conseqüente impossibilidade de reconhecimento, quanto a eles, do nexo de continuidade delitiva - Legitimidade da aplicação da regra pertinente ao concurso material [quot crimina tot poenae (STF HC 71174/SP T1 Rel. Min. Celso de Mello DJ 01/12/2006, p. 75).*

Os firmes relatos da vítima demonstraram, à saciedade, a presença da causa de aumento do concurso de pessoas (incidente tanto no crime de roubo como no de extorsão), que se caracteriza quando há concorrência material entre os

Acesso ao Sumário

agentes, conjunta ou separadamente, segundo o acordo efetuado anteriormente ao fato delituoso, ainda que a fase executiva fique a cargo de apenas um deles.

Nesse passo, não há falar em participação de menor importância quando os comparsas aderiram às condutas entre si, sendo irrelevantes os detalhes de qual tarefa incumbiu a cada um deles, pois o risco do resultado fora assumido por todos. Com efeito, do conjunto fático- probatório amealhado resta nítido, patente e incontroverso que os apelantes concorreram efetivamente para as práticas criminosas, incumbindo-se, no mínimo, de cooptar as vítimas, contribuindo de forma relevante e essencial para a consumação dos delitos.

Confira-se:

TJSP: "Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, segundo a teoria monística que o nosso Direito Penal perfilhou" (RT 558/309).

TACRSP: "Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito de sua consciência e vontade." (RJDTACRIM 27/260).

Outrossim, é certa a incidência da majorante do emprego de arma de fogo (também em relação a ambos os delitos), sobejamente comprovada pela firme prova oral coligida. Não bastasse, o instrumento foi apreendido e periciado, conforme fls. 191/195.

A propósito, confira-se:

Havendo depoimento de testemunha (e também da vítima) anunciando que o acusado teria se utilizado de arma para perpetrar o ilícito do artigo 157 do CP, irrelevante, para fins de aplicação da qualificadora, a apreensão da arma ou existência de laudo pericial atestando a sua potencialidade lesiva. (HC 39625/SP; Habeas Corpus 2004/0162676-1; Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma; DJ 07.03.2005).

Nesse passo, não se cogite da desclassificação para a modalidade simples do delito de extorsão, pois, como visto, ambos os crimes - roubo e extorsão -, foram cometidos em concurso de pessoas e com emprego de arma de fogo

A restrição de liberdade da vítima, por seu turno, também se comprovou, eis que, durante a execução dos crimes, o ofendido ficou em poder dos agentes, com o fito de garantir o êxito da empreitada criminosa, tendo exposta a risco sua integridade físico-psíquica. Referida circunstância incide no crime de roubo, como causa de aumento, e no de extorsão, qualificando-o.

Diante de tal cenário, o édito condenatório, nos moldes como lançado, era mesmo imperativo.

Passo, então, à dosimetria das penas.

Quanto ao delito de roubo, as penas de partida dos réus foram exasperadas em 1/6, em observância aos critérios norteadores do artigo 59, do Código

Acesso ao Sumário

Repressivo, tendo em vista o prejuízo suportado pela vítima (decorrente da subtração de bens de relevante valor econômico).

Na segunda fase da individualização, nada a considerar.

Na terceira fase, presentes as causas de aumento do concurso de agentes, emprego de arma de fogo e restrição de liberdade da vítima, aplicou-se um aumento único de 2/3, em atenção ao disposto no artigo 68, parágrafo único, do Código Penal.

Quanto ao crime de extorsão, a básica foi fixada no piso e, em função do reconhecimento das causas de aumento relativas ao concurso de agentes e emprego de arma de fogo, impôs-se o aumento da pena de 1/3 na última fase.

Como última operação, em obediência ao critério previsto no artigo 69, do Código Penal, somaram-se as penas aplicadas.

O regime inicial fechado deve prevalecer, como bem fundamentou a r. decisão combatida.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AOS APELOS DEFENSIVOS**, mantendo-se a r. sentença atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500003-88.2020.8.26.0547, da Comarca de Santa Rita do Passa Quatro, em que são apelantes KEVEN WILLIAN CONTI DA SILVA e JOÃO GLEICIANO ALVES RAMOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM dos apelos de KEVEN WILLIAN CONTI DA SILVA e JOÃO GLEICIANO ALVES RAMOS, AFASTARAM a preliminar de ofensa ao princípio da identidade física do juiz e ACOLHERAM as preliminares de cerceamento de defesa quanto ao pedido de realização de acareação entre os réus e inquirição do perito judicial, para esclarecimentos, restando PREJUDICADA a análise de mérito das apelações, ANULANDO O JULGAMENTO, determinando que outro seja realizado, com deferimento das providências aqui mencionadas. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.883)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente), MARCIA MONASSI e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 15 de janeiro de 2024.

Acesso ao Sumário

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: HOMICÍDIO QUALIFICADO e OCULTAÇÃO DE CADÁVER. JÚRI - Arguição de nulidades: Ofensa ao princípio da identidade física do juiz, indeferimento de inquirição do perito judicial para esclarecimentos e indeferimento do pedido de acareação - No mérito: Pedido de absolvição e redimensionamento das penas - AFASTAMENTO DA PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E ACOLHIMENTO DAS PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUDICADO O EXAME DE MÉRITO DAS APELAÇÕES.

VOTO

KEVEN WILLIAN CONTI DA SILVA e JOÃO GLEICIANO ALVES RAMOS foram condenados, nos autos da Ação Penal n. **1500003-88.2020.8.26.0547**, que tramitou perante o Tribunal do Júri da Comarca de Santa Rita do Passa Quatro, KEVEN, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime inicial fechado e multa de 10 (dez) dias-multa, piso legal, e JOÃO GLEICIANO, à pena de 17 (dezessete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado e multa de 10 (dez) dias-multa, piso legal, ambos como incursos no artigo 121, §2º, incisos III e IV do Código Penal, em concurso material com o art. 211, do Código Penal, c.c. art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/90 (fls. 689/696).

Irresignadas, apelam as combativas defesas.

A **defesa de JOÃO** alegou, preliminarmente, cerceamento de defesa, por indeferimento do pedido de inquirição do perito judicial e de acareação entre os acusados, bem como nulidade, por ofensa ao princípio da identidade física do juiz, vez que o Juiz da instrução é diverso do que presidiu o Tribunal do Júri.

No mérito, alega que a condenação é contrária à prova dos autos e que o Ministério Público se baseou somente na localização das ERBs do celular, para determinar que JOÃO e KEVEN estavam em local diverso do que teria sido informado por eles. Aduz que não há certeza de que JOÃO estava junto com KEVEN, no momento do estrangulamento de Natália, salientando que JOÃO deixou a casa para KEVEN se encontrar com Natália e o apelante ficou mandando mensagem para KEVEN e ficou mais de 30 minutos fora de sua casa, enquanto ocorria o crime.

Sustenta que a quebra do sigilo telefônico não trouxe qualquer mensagem ou conteúdo que esclarecesse o ocorrido e o laudo necroscópico somente atestou

Acesso ao Sumário

ter ocorrido um estrangulamento, não precisando o tempo do crime ou presença de terceira pessoa, bem como que não há testemunhas do delito e KEVEN somente o envolveu em sua versão, por raiva, porque JOÃO delatou todo o ocorrido e levou a polícia até o local onde estava o corpo de Natália.

Ressalta que, segundo o depoimento de Jorge, JOÃO estava em sua casa e depois, retornou para a dele, vez que entraria para trabalhar na empresa ZPP, às 17h e precisava se arrumar. Ainda, aduz que que o "mata- leão" dado por KEVEN em Natália, antes da chegada de JOÃO, já era capaz de ter sido a causa de sua morte, causando "asfixia mecânica", conforme o laudo. Assim, não poderia JOÃO ter participado da morte de Natália.

Assim, alega não haver indícios da autoria, quanto ao homicídio, em relação a JOÃO e não havia justa causa para a denúncia, nesse tocante, tendo ele admitido somente a prática do delito de ocultação de cadáver.

Subsidiariamente, requer a fixação da pena-base, no mínimo legal, aduzindo que não há circunstâncias judiciais desfavoráveis ao corréu JOÃO, requerendo o afastamento das qualificadoras, vez que sequer conhecia Natália e não sabia da intenção de KEVEN.

Por fim, requer a desclassificação para o crime de ocultação de cadáver (fls. 698/730).

A **defesa de KEVEN**, por sua vez, questionando somente a dosimetria da pena, aduzindo que ostenta apenas uma circunstância judicial desfavorável, de forma houve majoração excessiva e de forma desproporcional, na pena-base, requerendo a fixação no mínimo legal de 12 anos de reclusão, com relação ao delito de homicídio (fls. 766/771).

Recursos regulares, respondidos pelo nobre representante do Ministério Público (fls. 776/786). Manifestando-se nos autos, o douto representante da Procuradoria Geral de Justiça se posicionou pelo não provimento dos apelos (fls. 794/798).

Não houve oposição ao Julgamento Virtual.

É O RELATÓRIO.

Sobre as nulidades arguidas.

DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

Observo que a Dra. Ayanny Justino Costa, que efetuou a instrução, na primeira fase do processo e proferiu a sentença de pronúncia, era a 2ª Juíza Substituta da Circunscrição Judiciária 41 - Ribeirão Preto, naquele período.

Ocorre que, em 28/10/2021, o Dr. Thiago Zampieri da Costa, que presidiu a sessão no Plenário e proferiu a sentença condenatória, foi promovido a Juiz de Direito Titular da 2ª Vara de Santa Rita do Passo a Quatro, que responde pelo Júri.

Assim, o Dr. Thiago passou a responder por todos os processos da 2ª Vara de Santa Rita do Passo a Quatro, não tendo havido ofensa ao princípio da

Acesso ao Sumário

identidade física do juiz.

Além disso, em se tratando de Tribunal do Júri, quem julga são os jurados, não cabendo tal princípio.

DO INDEFERIMENTO DA INQUIRIÇÃO DO PERITO JUDICIAL E DA ACAREAÇÃO ENTRE OS ACUSADOS

No que se refere à inquirição do perito criminal, Dr. Mateus Batista Simões, observo que ele foi arrolado, de forma regular e houve especificação quanto à sua profissão (fls. 525). Inicialmente, foi determinada sua intimação e após vir aos autos, certidão do Sr. Oficial de Justiça, informando que ele deveria ser requisitado por ofício, o Juízo "a quo" indeferiu a oitiva, sob o argumento de que não haveria previsão, segundo o art. 422 do Código de Processo Penal.

Ocorre que, o art. 159, §5º, inciso I, do Código de Processo Penal possibilita a inquirição dos peritos judiciais, para esclarecimento da prova ou para responderem a quesitos encaminhados com antecedência e, no entender deste relator, tal inquirição não se restringe apenas à primeira fase do processo do Júri.

Isto porque, os jurados poderão ter uma noção ainda mais abrangente dos fatos, com tais esclarecimentos.

O mesmo se pode dizer, com relação à acareação entre os acusados, pleiteada por JOÃO. A acareação está prevista no art. 229 do Código de Processo Penal e pode ser realizada sempre que os acusados divergirem em suas declarações sobre os fatos ou circunstâncias relevantes.

E no presente caso, é exatamente isso que ocorre, já que o corréu JOÃO alega ter ajudado a ocultar o cadáver de Natália, mas nega ter participado do homicídio, enquanto KEVEN afirma que JOÃO o auxiliou a matar Natália.

Ainda que se diga que é deferido aos réus o direito de não fazer prova contra si mesmo, da mesma forma, possuem direito à realização da acareação, quando cabível.

Dessa forma, entendo que houve cerceamento de defesa quanto aos pedidos de inquirição do perito judicial e realização de acareação, pelo que, anulo o julgamento, determinando a realização de outro com o deferimento dos pedidos.

A anulação do julgamento alcançará o corréu KEVEN, em virtude da realização da acareação, restando a análise de mérito dos presentes recursos prejudicada.

Pelo exposto, conhecendo-se dos apelos de **KEVEN WILLIAN CONTI DA SILVA e JOÃO GLEICIANO ALVES RAMOS**, afasto a preliminar de ofensa ao princípio da identidade física do juiz e acolho as preliminares de cerceamento de defesa quanto ao pedido de realização de acareação entre os réus e inquirição do perito judicial, para esclarecimentos, restando prejudicada a análise de mérito das apelações, **ANULANDO O JULGAMENTO**, determinando que outro seja realizado, com deferimento das providências aqui mencionadas.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1506635-15.2023.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VAGNER PEDRO DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.397)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 8 de janeiro de 2024.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: Apelação - Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo - Recurso defensivo - Materialidade e autoria demonstradas - Depoimento seguro e detalhado da vítima, corroborado pelas declarações dos policiais militares - Condenação mantida - Penas adequadamente fixadas e bem fundamentadas, majoradas pelos maus antecedentes e pela reincidência - Impossibilidade do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, eis que parcial - Regime inicial fechado de rigor - Inaplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Vagner Pedro da Silva** contra a r. sentença de fls. 138/145, que julgou procedente a ação penal para condená-lo ao cumprimento das penas de 10 (dez) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, como incurso no artigo 157, §2º-A, inciso I, do Código Penal.

Inconformada, pugna a Defesa pelo reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante da reincidência (fls. 169/175).

O recurso foi bem processado, com contrariedade oferecida pelo Ministério Público (fls. 180/184).

A Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso, no parecer de fls. 193/197.

Acesso ao Sumário

Relatei.

O recurso não comporta provimento.

Consta da denúncia que, em 21 de fevereiro de 2023, por volta das 15h40, nas dependências da agência do BRADESCO localizada na Alameda dos Maracatins, nº 865, Indianópolis, Município de São Paulo, VAGNER PEDRO DA SILVA subtraiu para si coisa alheia móvel, valendo-se de grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo.

Conforme narra a peça acusatória, no dia e horário acima indicados, a vítima J. D. N. dirigiu-se até a agência do BRADESCO, situada na Alameda dos Maracatins, nº 865, Indianópolis, visando sacar dinheiro. Lá chegando, o ofendido adentrou a agência, enquanto sua namorada permaneceu ao volante do veículo da vítima. No local, J. notou a presença de VAGNER escondido atrás de uma pilastra dentro da agência e outro cliente efetuando saque no caixa eletrônico. J. seguiu rumo ao caixa já referido, sacando para si a quantia de R$ 2.500,00. Enquanto o dinheiro era ejetado da máquina, o réu dirigiu-se a J. dizendo "ei, você de camisa preta". Quando J. voltou-se para ver o que era, VAGNER sacou uma arma de fogo e apontou-a em sua direção, mandando a vítima sacar R$ 1.000,00 para ele. O valor de R$ 2.500,00 que J. havia sacado começou a cair ao chão e o réu mandou que J. não apanhasse o valor e que pegasse o numerário que o outro cliente também havia sacado (R$ 355,00, cliente até agora não identificado - fl. 17). Determinou, ainda, que as vítimas se deitassem no chão. Em seguida, o réu apoderou-se de toda a soma sacada (R$ 2.855,00) e, mais uma vez em tom intimidador, mandou que os ofendidos ficassem ali deitados por dez minutos, do contrário, iria matá-los. Após, o recorrente evadiu-se em poder das somas.

Em seguida, J. seguiu o réu, juntamente com sua namorada, notou que ele entrou no veículo GM Corsa Classic prateado, placas EDA-8115, mas o perdeu de vista. Acionou a polícia militar, informou a placa e as características do veículo e do acusado. Os policiais realizaram diligências na região, deparando-se com o réu ao volante do Corsa, o qual não atendeu a ordem de parada. Foi abordado apenas quando tentou fugir ao desembarcar na Rua Embaixador Álvaro Lins, nº 97.

Pois bem.

A autoria e materialidade restaram demonstradas pelo auto de prisão em flagrante, pelo boletim de ocorrência de fls. 02/06, pelo auto de exibição, apreensão e entrega de fl. 16, além dos depoimentos dos policiais militares **José Francisco de Souza Cruz** e **Kevin Franco Ianaba**, tanto que sequer foram impugnadas por parte da defesa.

Portanto, passa-se ao exame do recurso nos limites devolvidos a esta Corte, nos termos do art. 599, do Código de Processo Penal.

A dosimetria encontra-se irretocável, pois foi aplicada em consonância

Acesso ao Sumário

com os princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade.

A pena-base partiu de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, pois o réu ostenta maus antecedentes (fls. 46/48).

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência (fls. 29/30) as penas foram novamente exasperadas em 1/4, totalizando 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Inviável o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, pois o réu confessou parcialmente os fatos, alegando que subtraiu o dinheiro da vítima, mas negou o emprego de arma de fogo.

Como é cediço, a confissão só pode ser reconhecida como atenuante obrigatória quando se opera de forma completa e movida por um motivo moral, o que não se verifica no presente caso.

Nesse sentido:

"Apelação criminal - Tentativa de roubo majorado pelo concurso de pessoas - Sentença condenatória pelo art. 157, § 2º, inciso II, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal - Recurso defensivo buscando o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, a fixação do regime inicial aberto, a aplicação do disposto no art. 387, §2º, do Código de Processo Penal e a isenção do pagamento de custas processuais. Mérito - Materialidade e autoria devidamente comprovadas - Réu que, em juízo, admitiu a prática delituosa, alegando, contudo, ter agido sozinho - Depoimento seguro do ofendido (cobrador do ônibus) narrando que o acusado, após ter ingressado no coletivo com outro indivíduo, dizendo estar armado, ordenou-lhe para que colocasse o dinheiro dentro de uma sacola. Após obedecer tal ordem, desconfiou que o réu não estivesse armado, razão pela qual reagiu ao assalto e, com o auxílio de outras pessoas, o detiveram - Declaração do ofendido corroborada pelas demais testemunhas - Condenação que não comporta reparos. Tentativa mantida por ausência de recurso Ministerial - Delito que efetivamente se consumou. Crime de roubo que se consuma com o mero desapossamento. Vedação da reformatio in pejus. Causa de aumento de pena do concurso de pessoas devidamente reconhecida pela segura prova testemunhal. Dosimetria - ***Impossibilidade do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, eis que parcial*** *- Inviável a aplicação do disposto no art. 387, §2º do Código de Processo Penal. Matéria a ser melhor analisada pelo MM. Juízo das Execuções - Regime inicial semiaberto que se mantém diante do conformismo Ministerial, não comportando acolhimento ao pedido defensivo para fixação de regime inicial aberto Isenção de custas. Gratuidade que já foi concedida pelo MM. Juízo de Primeiro Grau Recurso defensivo improvido."* (Apelação nº 0001307-77.2016.8.26.0535, 8ª Câmara de Direito Criminal, Relatora Dra. ELY AMIOKA, j. 23/11/2017 - grifo nosso).

Na terceira fase, presente a causa de aumento relativa ao emprego de

arma de fogo, as penas foram aumentadas em 2/3, resultando na pena final de **10 (dez) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa.**

O regime fechado para início de cumprimento da pena há de ser preservado, uma vez que é o único compatível com as circunstâncias fáticas em que o delito foi praticado e com a quantidade de pena imposta, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "a" do Código Penal, além dos maus antecedentes e da reincidência do recorrente.

Nesse sentido é o entendimento dessa C. Câmara:

*"APELAÇÃO CRIMINAL - roubo MAJORADO - Autoria e materialidade devidamente comprovadas, tanto que sequer foram objeto de insurgência defensiva - Pretendida fixação da pena-base no mínimo legal – Impossibilidade - Circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente - Conduta que extrapolou a gravidade que é intrínseca ao tipo penal violado - Violência empregada contra a vítima, causando-lhe, inclusive, lesões corporais, que demonstra a periculosidade do acusado e que deve repercutir negativamente na dosimetria - Afastamento das qualificadoras – Descabimento - Emprego de arma de fogo - Desnecessidade de apreensão do artefato, quando comprovada sua utilização por outros meios – Precedentes - Concurso de agentes - Prova oral que confirma o conluio do acusado com terceiros não identificados para a prática delitiva, participando ativamente e dando suporte aos comparsas para o sucesso da empreitada criminosa - Prevalência do concurso de agentes, conforme delineado na denúncia - Restrição de liberdade do ofendido - Configuração - Vítima que permaneceu em poder dos ladravazes por tempo juridicamente relevante - Pretendida redução da fração de aumento relativo às qualificadoras – Descabimento - Presença de três majorantes e gravidade concreta do delito que autorizam acréscimo na fração determinada na r. sentença - Abrandamento do regime prisional - Desacolhimento - Malgrado o quantum de pena fixado, inadequada a fixação de regime menos gravoso, haja vista a gravidade real do crime, cometido em comparsaria, com emprego de arma de fogo e restrição de liberdade da vítima, o que exaspera a reprovabilidade do comportamento do agente - **Necessidade de fixação do regime fechado, o qual se revela mais adequado à prevenção e reprovação do crime sob análise** - Inteligência do art. 33, §3º, do Código Penal - Aplicação da detração penal – Desacolhimento - Matéria afeta ao Juízo da Execução, o qual dispõe de elementos hábeis para aferir o preenchimento dos requisitos objetivo e subjetivo para concessão da benesse. Recurso desprovido"* (Apelação Criminal n. 0001591-65.2018.8.26.0616, Rel. Camilo Léllis, DJ 30.04.19 - grifei).

"EMENTA: Roubo simples (art. 157, "caput", do Código Penal). Provas seguras de autoria e materialidade. Flagrante inquestionável. Posse da 'res furtiva'. Palavras coerentes e incriminatórias da vítima, com reconhecimen-

Acesso ao Sumário

to, e de testemunhas Guardas Municipais. Confissão em Juízo, ademais. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento. Majoração adequada da base, por maus antecedentes. Desproporcionalidade entre corporal e pecuniária verificada. Redimensionamento da multa operado. Benevolente compensação da reincidência pela confissão. Impossibilidade de redução. Critérios da origem respeitados. ***Regime fechado único possível.*** *Apelo parcialmente provido."* (Apelação nº 0000215-88.2018.8.26.0569, Relator Desembargador Luis Soares de Mello, j. 12/02/2019 grifo nosso).

Ausentes os requisitos do art. 44, do Código Penal, diante da grave ameaça empregada na ação criminosa, dos maus antecedentes, da reincidência e do *quantum* de pena, o acusado não faz *"jus"* à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso interposto por **Vagner Pedro da Silva**, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502107-18.2022.8.26.0536, da Comarca de Cubatão, em que é apelante JAILTON BEZERRA DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o advogado, dr. Eugênio Carlo Balliano Malavasi, e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, dr. Marco Antônio Marcondes Pereira.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.148)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 22 de janeiro de 2024.

LAERTE MARRONE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Sentença que condenou o apelante como incurso no artigo 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, e no artigo 12, da Lei nº 10.826/03, em concurso material. Recurso da defesa. PRELIMINAR. Não configuração de um quadro de maltrato à regra da inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI, da CF). Conduta dos policiais que guardou juridicidade. Existência de um quadro de fundada suspeita para a

busca e apreensão. Prova ilícita não configurada. O fato de a persecução penal ter sido encetada por informações oriundas de denúncia anônima não configura qualquer nulidade, notadamente quando houve prisão em flagrante. Preliminar rejeitada. MÉRITO. 1. Quadro probatório suficiente para evidenciar a responsabilidade penal do apelante pelos crimes de tráfico de drogas e de posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Materialidade e autoria comprovadas. 2. Inexistência de um quadro de inexigibilidade de conduta diversa em relação ao apelante como causa excludente da culpabilidade. O reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa enquanto princípio supralegal de exclusão da culpabilidade reclama extrema cautela, sob pena de enfraquecimento do Direito Penal, devendo ser admitida apenas em caráter excepcional, sobretudo nos crimes dolosos 3. As circunstâncias do caso desnudam um cenário incompatível com a incidência da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06. 4. Sanção que não comporta alteração, porquanto estabelecida dentro de um quadro de razoabilidade. Recurso desprovido.

VOTO

1. A sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação para condenar **JAILTON BEZERRA DE OLIVEIRA** às penas de: (i) 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário correspondente ao mínimo legal, como incurso no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06 e (ii) 1 mês de detenção, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário correspondente ao mínimo legal, como incurso no artigo 12, da Lei nº 10.826/03, nos termos da parte final do artigo 69, do Código Penal (fls. 259/265).

Apelou a defesa de **Jailton** arguindo, preliminarmente, que houve violação à regra da inviolabilidade do domicílio na ação policial (artigo 5º, XI, da Constituição Federal), o que contamina toda a prova derivada desta situação. No mérito, pleiteia a absolvição dos delitos com fundamento na incidência de inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, em razão das dificuldades financeiras do apelante. Subsidiariamente colima: (a) a fixação da pena-base no mínimo legal em relação ao crime de tráfico de drogas; (b) a incidência da circunstância atenuante da confissão com

Acesso ao Sumário

redução da pena aquém do mínimo legal; (c) o reconhecimento e a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar máximo de 2/3; (d) a fixação do regime aberto ou semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade (fls. 295/328).

Processado o recurso, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento (fls. 352/358).

É o relatório.

2. Não vinga o reclamo. Na linha do que se segue.

3. Segundo a denúncia (fls. 49/51; 53/55):

"Consta do incluso inquérito policial que no dia 13 de junho de 2022, por volta das 11h00, na Avenida Principal, nº 954, Casa, Área Rural, nesta cidade e comarca de Cubatão, ***JAILTON BEZERRA DE OLIVEIRA****, qualificado às fls. 05, guardava e mantinha em depósito, para fins de entrega a consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, drogas, consistentes em 52 tijolos de maconha, substância que determina dependência física e psíquica, com peso bruto de 48.300g (quarenta e oito mil e trezentos gramas), conforme auto de apreensão de fls.10 e auto de constatação preliminar de fls. 12.*

Consta, ainda, que que nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima descritas, ***JAILTON BEZERRA DE OLIVEIRA****, qualificado às fls. 05, tinha em depósito, sem autorização legal, no interior de sua residência, um revólver, marca Taurus, calibre 38 (uso permitido), municiado com 5 (cinco) cartuchos íntegros, que foram devidamente apreendidos (fls.10).*

Segundo se apurou, ***JAILTON BEZERRA DE OLIVEIRA*** *mantinha sob sua guarda, no imóvel situado no endereço dos fatos, as drogas, arma e munições acima descritas.*

Ocorre que policiais civis receberam denúncia de que o réu estaria na posse de grande quantidade de drogas para serem distribuídas na região, e se dirigiram ao local para apurarem a veracidade da notícia. Lá chegando, aproveitando-se que a porta estava encostada, ingressaram na residência e encontraram o denunciado deitado em uma cama, juntamente com sua companheira, Evellyn Nadja dos Santos Leal.

Durante a diligência, os policiais localizaram os 52 tijolos de maconha no interior do imóvel, bem como encontraram o revólver de calibre 38, devidamente municiado, que estava escondido em uma gaveta. Após a apreensão dos materiais ilícitos, efetuaram a prisão em flagrante do denunciado.

A finalidade comercial restou evidenciada pela exorbitante quantidade de drogas apreendidas, pela sua forma de acondicionamento (embaladas individualmente, previamente fracionadas em tijolos e prontas para distribuição e comercialização em larga escala), pelas condições nas quais se desenvolveu a ação (denúncia prévia de traficância indicando o local como sendo ponto

Acesso ao Sumário

de armazenamento de entorpecentes), pela apreensão das armas e munições, utilizadas para garantir a segurança do local, bem como pelas demais circunstâncias nas quais ocorreu a apreensão das drogas e a detenção do denunciado.

*Ante o exposto, denuncio **JAILTON BEZERRA DE OLIVEIRA** como incurso no art. 33, "caput", e artigo 12, "caput", da Lei 10.826, na forma do artigo 69, todos do Código Penal".*

4. Sem razão a defesa na questão agitada a título de preliminar.

No caso dos autos, conforme se explicitará adiante, os policiais civis receberam denúncia da prática de tráfico de drogas, por um indivíduo de prenome Jailton, informando suas características físicas, apontando que ele estaria armazenando grande quantidade de droga em seu imóvel. Diante disso, rumaram para o endereço referido: ao se aproximarem do local, logo sentiram forte odor de maconha, notando, por uma fresta de uma parede, sacos plásticos no interior do imóvel. Diante desse cenário, adentraram no imóvel por uma porta que estava somente encostada e localizaram o acusado Jailton Bezerra de Oliveira dormindo com sua companheira. O próprio réu acabou indicando onde se achavam os 52 tijolos de maconha, além da arma de fogo de uso permitido.

Pois bem, considerando as circunstâncias concretas indicadas, **não se mostra antijurídica a ação dos policiais.**

A bem da verdade, as circunstâncias do caso justificavam o ingresso no imóvel.

Sem dúvida que a inviolabilidade do domicílio figura entre os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente (artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal). Mas há situações em que a própria Carta Magna autoriza o ingresso na casa sem o consentimento do morador, como no caso de flagrante delito.

Nesta ordem de ideias, cabe remarcar que, no caso de flagrante em crime permanente, como é o caso dos autos, a busca e apreensão domiciliar prescinde de autorização judicial ou de permissão do morador, na dicção do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal **(STJ, HC nº 195.134 - SP, rel. Min. Marilza Maynard; HC nº 217.289, rel. Min. Jorge Mussi; HC nº 233.302, rel. Min. Gilson Dipp).**

Deveras, já proclamou o **Supremo Tribunal Federal** que **"a casa é o asilo inviolável do indivíduo, porém não pode ser transformada em garantia de imunidade de crimes que em seu interior de pratiquem..."**, de tal sorte que **"em se tratando de flagrante delito, não é necessário mandado de busca e apreensão domiciliar..." (RE nº 86.926, rel. Min. Cordeiro Guerra).**

Certo que o **Excelso Pretório**, visando dar maior efetividade ao princípio da inviolabilidade do domicílio, coibindo condutas arbitrárias, assentou que o ingresso, para ganhar contornos de licitude, reclama a existência de um quadro de fundada suspeita de uma situação de flagrante delito. Ou seja, os policiais

Acesso ao Sumário

somente podem adentrar na casa se tiverem dados concretos indicativos da ocorrência de um crime. Caso contrário, a ação mostra-se antijurídica, ainda que se venha, na sequência à entrada, constatar que havia uma situação de flagrante delito, trazendo, como consequência, a par da responsabilidade disciplinar e penal do agente policial ou da autoridade, a invalidade dos atos praticados. Em outras palavras, a prova assim obtida qualifica-se como ilícita.

Bem por isso, importa que se proceda a um controle judicial posterior da diligência, a fim de se definir se a ação era justificada. E, para que isso seja possível, os policiais devem, em momento ulterior à diligência, indicar as razões que os levaram ao ingresso na casa.

Eis o teor da ementa do julgado:

"Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio - art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protrai no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos - flagrante delito, desastre ou para prestar socorro - a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial *a posteriori*. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial *a posteriori* decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos

Acesso ao Sumário

praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso" (STF, RE nº 603.616/RO, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 05/11/2015; DJ 10/05/2016, Tema 280).

Dentro deste espectro, tem-se que, no caso vertente, a entrada - que redundou na apreensão de grande quantidade de drogas e da arma de fogo, considerando o panorama acima desenhado (atente-se para as circunstâncias esmiuçadas a seguir quando da exposição dos relatos dos policiais), havia uma fundada suspeita de que, no imóvel, existiam drogas.

A circunstância da notícia da ocorrência de um crime derivar de denúncia anônima não obsta a que a autoridade policial tome providências para apurar o fato, porquanto o inquérito policial pode ser encetado pelo delegado de polícia - em se tratando de crimes de ação penal pública - até mesmo de ofício (artigo 5º, I, do Código de Processo Penal). Neste passo, assentou o **Supremo Tribunal Federal** que a persecução penal pode ser deflagrada por denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados **(AP nº 530, redator para o acórdão Ministro Roberto Barroso, julgado em 09/09/2014, DJ 19/12/2014; HC nº 105.484, relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 12/03/2013, DJ 16/04/2013; HC nº 99.490, relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 23/11/2010, DJ 01/02/2011; entre outros)**. Na mesma esteira há orientação doutrinária: **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, Código de Processo Penal Anotado, RT, 12ª edição, pág. 96; **JOSÉ FREDERICO MARQUES**, Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, Bookseller, pág. 135; **JULIO FABBRINI MIRABETE**, Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 11ª edição, pág. 99.

Mais especificamente, em se cuidando de prisão em flagrante, **"não é nulo o inquérito policial instaurado a partir da prisão em flagrante dos acusados, ainda que a autoridade policial tenha tomado conhecimento prévio dos fatos por meio de denúncia anônima" (HC nº 90.178, rel. Ministro Cezar Peluso, julgado em 02/020/2010, DJ 26/03/2010).**

Com efeito, conquanto o anonimato seja vedado pela Constituição Federal (artigo 5, IV), situações existem em que se deve admitir a denúncia anônima, a fim de que sejam tutelados direitos fundamentais e bens jurídicos coletivos igualmente de estatura constitucional. Nesta situação, marcadas por um conflito de bens e interesses constitucionais, urge proceder-se a uma ponderação, mercê do princípio da proporcionalidade. Pois, **"afinal, há contextos em que a recusa absoluta às denúncias anônimas inviabilizaria, na prática, a apuração de graves delitos e a proteção de direitos fundamentais das suas vítimas, como ocorre no caso de crimes praticados por traficantes de drogas ou milicianos, em comunidades carentes territorialmente dominadas por grupos criminosos desta natureza" (DANIEL SARMENTO**, Comentários à Constituição do

Acesso ao Sumário

Brasil, Saraiva, pág. 259).

No caso vertente, a partir de denúncia apócrifa, a polícia foi informada de que o acusado estaria praticando o tráfico de droga na sua residência. Diante disso, tal como acima referido, os agentes públicos realizaram diligências procurando apurar os fatos, que culminaram com a apreensão das drogas. Procedimento escorreito e que não merece qualquer censura, porquanto nada tem de antijurídico.

Aplicáveis, na espécie, as regras previstas no artigo 240, parágrafo 2º e artigo 244, ambos do Código de Processo Penal.

Há que se considerar, para fins de determinação do conteúdo da dicção **fundada suspeita**, enquanto requisito da busca pessoal, para a temática do que se denomina, no campo doutrinário, de critérios de decisão ou standards probatórios, enquanto grau de convencimento necessário para a prática dos atos no curso da persecução penal. Na realidade, dependendo da natureza do ato, exige-se um maior ou menor grau de convencimento (**RENATO BRASILEIRO DE LIMA**, Código de Processo Penal Comentado, Editora *Jus*PODIVM, 6ª edição, pág. 562; **GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ**, Processo Penal, RT, 5ª edição, págs 432/434).

Neste passo, considerando que o ato se deu no limiar da persecução penal encetada por denúncia anônima associada à dinâmica da ação policial para a verificação no local dos fatos - uma casa -, a ação policial acha-se revestida de juridicidade.

Questões como a do caso em apreço devem ser solucionadas à luz de uma ponderação dos interesses em jogo (liberdade e intimidade, de um lado; segurança pública e interesse do Estado na punição dos crimes, de outro), tomando-se por parâmetro o princípio da proporcionalidade.

E, no caso em tela, à luz do que se explanou, sobrelevam, a emprestar legitimidade ao ato, a segurança pública e o interesse do Estado na punição dos crimes.

Enfim, descabido, na espécie, falar-se em prova ilícita.

Fica, portanto, rejeitada a preliminar.

5. Dito isso, evidenciada a responsabilidade penal do apelante por ambos os delitos.

6. DO TRÁFICO DE DROGAS

A materialidade do delito acha-se positivada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 07/09), auto de exibição e apreensão (fls. 10), laudo pericial referente à análise de 1 aparelho celular e de 3 máquinas de cartão apreendidas (fls. 61/64) e, notadamente, laudo químico-toxicológico (fls. 58/60), o qual revelou que as substâncias apreendidas eram maconha.

Por sua vez, certa a autoria.

Em seguros depoimentos colhidos durante a persecução penal (fls. 02/03

Acesso ao Sumário

e 249 - mídia audiovisual), os policiais civis **Caio Antônio Marques Pereira** e **Rafael Ramos Jacovani** confirmaram, na sua essência, a imputação.

Verte dos relatos que, na data dos fatos, receberam denúncia anônima, informando que o indivíduo de prenome Jailton estaria armazenando grande quantidade de drogas para serem distribuídas na região. Diante disso, rumaram para o local delatado (um beco lateral ao Bar do ..., na Avenida ..., nº ..., na Vila ..., Cubatão). No local, identificaram o imóvel, o qual se tratava de um barraco de madeira. Logo que chegaram, sentiram forte odor de maconha e, por uma fresta de uma parede, avistaram sacos plásticos no interior do barraco. A porta estava entreaberta e adentraram no barraco. Encontraram um indivíduo com as mesmas características físicas informadas na denúncia - identificado, posteriormente, como sendo o acusado Jailton Bezerra de Oliveira, o qual estava deitado em uma cama com sua companheira. Questionado sobre a existência de entorpecentes no imóvel, o réu apontou para os sacos plásticos, onde foram encontrados 52 tijolos de maconha em seu interior. Indagado acerca de outros objetos ilícitos, Jailton indicou um armário, onde, dentro de uma gaveta, foi localizado um revólver calibre 38, municiado com 5 projeteis intactos. Jailton acabou admitindo as práticas delitivas. Disseram que não houve o registro da denúncia na delegacia, recebida por meio telefônico, pelo policial Caio. Não conheciam o acusado antes dos fatos.

A circunstância de serem policiais civis não os torna suspeitos, mostrando-se inadmissível estabelecer-se um juízo antecipado e genérico sobre o depoimento de agentes públicos, de sorte a reduzir-lhe, *a priori*, o poder de convencimento. Com efeito, **"o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, de repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos" (STF, HC nº 73.518 SP, Rel. Ministro Celso de Mello)**.

No caso vertente, nada há nos autos a sugerir que os policiais civis teriam mentido. Não se entrevê motivo para que fossem acusar falsamente o apelante, o qual sequer o conheciam.

Além disso, as narrativas estão em consonância com a apreensão das drogas e demais objetos comumente relacionados ao tráfico de drogas.

Cuida-se, pois, de um manancial bastante apto a confortar a acusação.

Acesso ao Sumário

Além disso, no curso da persecução penal (fls. 05 e 249 - mídia audiovisual), o acusado **Jailton** sempre confessou os fatos.

Declarou que, no dia dos fatos, encontrava-se dormindo com sua companheira, quando foram surpreendidos com o ingresso dos policiais civis em sua residência. Questionado se havia algo de ilícito na casa, respondeu positivamente, indicando aos agentes públicos onde se achavam as drogas e a arma de fogo. Alegou que não era o proprietário, mas que estava guardando o entorpecente e o armamento, há cerca de 9 dias, em sua moradia por necessitar de dinheiro. Disse que estava desempregado e morando de favor na residência pertencente ao seu genitor. Aduziu que vivia de "bicos" e que já estava há cerca de um mês sem trabalhar, por falta de oportunidade, motivo pelo qual aceitou a proposta que lhe foi feita de guardar a droga e arma na residência, recebendo duzentos reais por semana. Afirmou que a porta estava trancada e que não escutou barulho de arrombamento, uma vez que se encontrava dormindo profundamente.

Não bastasse tudo isso, a companheira de Jailton também corroborou a imputação.

Evellyn Nadja dos Santos Leal, na fase policial (fls. 04) e em juízo (fls. 249 - mídia audiovisual), disse que chegou de madrugada do trabalho e foi dormir. Acordou, pela manhã, quando os policiais adentraram na residência, os quais encontraram drogas guardadas em sacos plásticos pretos e uma arma de fogo dentro da gaveta de um armário. Não tinha conhecimento da existência dos entorpecentes e da arma. Declarou que, após os fatos, o acusado disse à declarante que estava praticando a traficância, pois queria contribuir com as despesas da casa, pertencente ao seu sogro, onde estavam morando de favor.

Nessa ordem de ideias, o conjunto probatório - **a uma só voz** - descortina que o apelante guardava e mantinha em depósito elevada quantidade de drogas, tal como explicitado na denúncia e no auto de exibição e apreensão.

E a hipótese é, designadamente, a de tráfico de drogas. Com efeito, (i) a precisão da denúncia e a dinâmica dos fatos, tal como narrado pelos agentes públicos, (ii) a quantidade das drogas (**52 tijolos de maconha, ao peso líquido de 45.270 gramas**); (iii) o aparelho celular, três máquinas eletrônicas de cartão marca "Opax", contendo a inscrição "Moderninha X", "Moderninha Pro2" e "Mercado Pago e Point Mini", todas em funcionamento, bem como a arma de fogo municiada; (iv) além da confissão do réu e do relato da sua companheira, constituem fatores que, ajuntados, caracterizam o delito previsto no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/06.

Acesso ao Sumário

Por sua vez, não quadra a tese defensivo de inexigibilidade de conduta diversa, enquanto causa de exclusão da culpabilidade.

Com efeito, a mera alegação de dificuldades financeiras não se presta a escusar a reprovabilidade das condutas graves de tráfico de drogas (com elevada quantidade de drogas) e posse ilegal de arma de fogo.

Trata-se, é sempre bom lembrar, de uma situação de fato cujo ônus da prova é, designadamente, da defesa, na dicção do artigo 156, do Código de Processo Penal (cfr. **JOSÉ FREDERICO MARQUES**, Elementos de Direito Processual Penal, Bookseller, vol. II, 1997, pág. 266; **DAMÁSIO DE JESUS**, Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 14ª edição, pág. 142; **JULIO FABBRINI MIRABETE**, Processo Penal, Atlas, 1998, pág. 264). Ao menos se exige que demonstre um cenário de verossimilhança da alegação, de molde a gerar um quadro de fundada dúvida sobre a existência de alguma justificativa ou dirimente (**RENATO BRASILEIRO DE LIMA**, Código de Processo Penal Comentado, Editora JusPODIVM, 6ª edição, págs. 612/613).

Deveras, o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa enquanto princípio supralegal de exclusão da culpabilidade reclama extrema cautela, sob pena de enfraquecimento do Direito Penal, devendo ser admitida **apenas em caráter excepcional, sobretudo nos crimes dolosos** (**ANIBAL BRUNO**, Direito Penal, tomo II, 4ª edição, págs. 103 e 104).

De rigor, pois, a condenação, bem decretada em primeiro grau.

7. DO CRIME PREVISTO NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

O conjunto probatório também enseja a condenação do réu.

De fato, a materialidade do delito acha-se positivada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 07/09), auto de exibição e apreensão (fls. 10), laudo pericial (fls. 73/78), o qual revelou que o revólver, marca Taurus, calibre 38, de uso permitido, municiado com 5 cartuchos íntegros, mostrava-se apto à realização de disparos, indicando, inclusive, recenticidade de disparos, bem como pela prova oral.

E a autoria emana, de forma indisputável, do manancial probatório, tal como acima referido, notadamente em razão dos depoimentos dos agentes públicos - policiais civis **Caio Antônio Marques Pereira** e **Rafael Ramos Jacovani**, seguida das confissões judicial e extrajudicial de Jailton, secundadas pelas declarações colhidas no curso da persecução penal da esposa do acusado.

Nesta ordem de ideias, o conjunto probatório descortina - **também a uma só voz** - que o acusado possuía arma de fogo de uso permitido em desacordo com determinação legal ou regulamentar, sem autorização para tanto, conduta que se subsome ao suporte fático previsto no artigo 12, "caput", da Lei nº 10.826/03.

Anote-se que o simples porte - ou posse - munição é conduta típica à luz da Lei nº 10.826/03, ainda que desacompanhado de arma de fogo, porquanto se cuida de delito de **perigo abstrato (STF, HC nº 117.559, relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 10/09/2013, DJ de 24/09/2013; HC nº 113.295, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 13/11/2012, DJ de 06/12/2012; STJ, HC nº 780.953/SP, relator Ministro Jesuíno Ris-**

Acesso ao Sumário

sato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 15/5/2023; AgRg nos EDcl no HC nº 542.772/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023). A responsabilização do agente prescinde, portanto, da análise da lesividade concreta da conduta, pelo que desnecessária, para fins de responsabilização penal, a comprovação pericial da potencialidade lesiva do artefato **(STJ, AgRg no AREsp nº 2.244.913/DF, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/3/2023, DJe de 29/3/2023; AgRg no REsp nº 1.994.114/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 10/8/2022; AgRg no HC nº 733.159/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 6/5/2022)**.

8. Não se aplica, na espécie, a norma prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

A conduta envolveu (i) elevada quantidade de droga (**mais de 45 quilos de maconha**), (ii) além da apreensão de 1 celular e de 3 máquinas de cartão em pleno funcionamento, (iii) sem olvidar a posse da arma de fogo, municiada e com recenticidade de disparo. São dados a descortinar um acentuado envolvimento do acusado com o tráfico de drogas. Não se cuida de um cenário típico de um iniciante nesta atividade.

Além disso, (iv) o réu não comprovou qualquer exercício de atividade lícita.

Fatores que descortinaram que se cuida de pessoa dedicada às atividades criminosas.

Cabe salientar que **"a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade da droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas"**, para os fins a que alude o citado artigo de lei **(STF, RHC nº 94.806, relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 09/03/2010, DJ de 16/04/2010).**

Na realidade, a qualificação do agente como pessoa dedicada às atividades criminosas - situação que afasta a incidência da causa de diminuição de pena estampada no artigo 33, § 4º, da Lei n° 11.343/2006 - pode vir assentada na prova indiciária, tal como esta se acha definida no artigo 239, do Código de Processo Penal, em atenção ao princípio do livre convencimento motivado (artigo 155, do Código de Processo Penal), não se exigindo prova direta desta circunstância, sob pena de inviabilização da repressão penal a este tipo de delito, dada a dificuldade de se obter uma prova deste tipo **(STF, HC nº 101.519, relator Min. Luiz Fux, julgado em 20/02/2012; DJ de 26/04/2012)**. Consoante salientado pelo **Ministro Luiz Fux**, em passagem bastante elucidativa de seu voto, **"os criminosos não circulam com uma 'carteira de identificação de**

Acesso ao Sumário

pessoa dedicada a atividades criminosas'".

Deveras, na interpretação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, há que se atentar para o elemento teleológico, na dicção do artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil (FRANCISCO AMARAL**, Direito Civil, Introdução, Renovar, 5ª edição, pp. 88/89;** JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO**, O Direito, Introdução e Teoria Geral, Renovar, 2ª edição, pp. 430/431), vale dizer, no sentido de que o escopo da lei foi de beneficiar - com uma sensível redução da pena - aquele agente que pela primeira vez se lança no mundo criminoso, cuja conduta não representa um maior perigo para a coletividade, de sorte que a pena reduzida, ainda que considerada a gravidade do tráfico de entorpecentes, afigura-se suficiente para a ressocialização e reprove suficientemente o comportamento. Essa não é, decididamente, a situação do réu.**

9. Tendo em conta que os crimes de tráfico de drogas e o previsto no Estatuto do Desarmamento não são da mesma espécie, aplica-se a regra do concurso material (art. 69, CP).

10. As sanções não comportam alteração, eis que estabelecidas dentro de um quadro de razoabilidade.

Com efeito, o procedimento de dosimetria da pena envolve um grau de subjetividade do julgador (**STF, HC nº 70.362, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 05/10/1993, DJ 12/04/1996**), de sorte que o juiz, na sua atividade de fixar o "quantum" da sanção dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei, detém certa discricionariedade **(STF, HC nº 121.453, relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 19/08/2014, DJ 11/09/2014; ARE nº 774.815 AgR, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 20/05/2014, DJ 05/06/2014, RHC nº 207.480 AgR nº 207.480, relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 02/03/2022, DJ 25/04/2022; STJ, AgRg no AREsp nº 2.337.320/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 22/8/2023)**. Verdade que se cuida de um poder sujeito a controle por uma instância revisora; daí falar-se em **"um processo de discricionariedade vinculada" (GUILHERME DE SOUZA NUCCI,** Individualização da Pena, RT, 2ª edição, pág. 146) - **STJ, AgRg no AREsp nº 2.083.490/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/5/2023, DJe de 5/6/2023; AgRg no REsp nº 2.032.834/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023**. Mas não se afigura possível reclamar uma precisão matemática; pelo contrário, neste campo é ampla a liberdade judicial, que deve ser balizada pelo princípio da proporcionalidade. Assim sendo, desde que o magistrado não tenha desbordado de um quadro de razoabilidade, há que se prestigiar a pena imposta na sentença, cabendo remarcar que o juiz de primeiro grau, porque estabelece vínculo direto com as partes, estando bem mais próximo dos fatos, encontra-se em posição

Acesso ao Sumário

privilegiada para fixar a pena mais adequada.

A pena-base do crime de tráfico de drogas foi fixada acima do mínimo legal (elevação de 1/6) - 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa - forte na quantidade das drogas.

No que concerne ao delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, a pena-base foi fixada no mínimo legal - 1 mês de detenção e pagamento de 10 dias-multa.

Anote-se que a quantidade da substância entorpecente **constitui circunstância judicial que, valorada negativamente**, pode recrudescer a pena, na linha do que dispõe o artigo 42, da Lei nº 11.346/06 (**STF, HC nº 132.600, relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 19/04/2016, DJ 30/05/2016; HC nº 107.784, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 09/08/2011, DJ 05/09/2011; STJ, AgRg no HC nº 778.760/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 23/8/2023; AgRg no HC nº 753.483/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 29/6/2023; AgRg no HC nº 807.687/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023; AgRg no HC nº 756.962/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022, entre outros**).

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão para ambos os crimes.

Com relação ao delito de tráfico de drogas, a sanção retornou ao mínimo legal - 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

No que concerne ao delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, a sanção não se altera. A pena já se encontra no mínimo legal, não podendo ser reduzida para aquém do piso mínimo, nos termos da **Súmula nº 231,** do **Superior Tribunal de Justiça**. Entendimento este também prestigiado pelo **Supremo Tribunal Federal (HC nº 124.954, rel. Min. Dias Toffoli; RE nº 597.270-QO-RG, rel. Min. Cezar Peluso; RHC nº 118.996, rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC nº 109.538, rel. Min. Rosa Weber; HC nº 94.365, rel. Min. Menezes Direito; HC nº 93.821, rel. Min. Cármen Lúcia; HC nº 70.883, rel. Min. Celso de Mello)**. Assente-se ser firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **"no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal" (STF, HC nº 99.406/RS, relatora Ministra Ellen Gracie).**

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, as reprimendas não sofreram alteração.

Nessa ordem de ideias, as reprimendas finais são de: (a) 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, para o crime de tráfico de drogas e (b) 1 mês de detenção e pagamento de 10 dias-multa, para o delito estampado no Estatuto

Acesso ao Sumário

do Desarmamento.

Em razão do concurso material, as penas são somadas, alcançando **5 anos de reclusão, 1 ano de detenção e pagamento de 510 dias-multa**.

Por sua vez, as circunstâncias do delito (especialmente a quantidade das drogas, ajuntada com o encontro da arma de fogo) traduzem um elevado grau de culpabilidade a impor os regimes iniciais **fechado**, para a pena de reclusão; e **semiaberto**, para o delito apenado com detenção.

Com efeito, **"a fixação do regime inicial de cumprimento de pena não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da sanção corporal aplicada. Desde que o faça em decisão motivada, o magistrado sentenciante está autorizado a impor ao condenado regime mais gravoso do que o recomendado nas alíneas do § 2º do art. 33 do Código Penal. Inteligência da Súmula 719/STF" (STF, HC nº 130.205, redator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 01/08/2017, DJ de 06/09/2017)**.

Cenário que obsta a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, benefício sequer compatível com a quantidade da pena (artigo 44, I e III, do Código Penal).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502285-04.2021.8.26.0535, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante MARIA APARECIDA DA SILVA FREITAS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.201)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente sem voto), XISTO ALBARELLI RANGEL NETO e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 19 de janeiro de 2024.

MARCELO SEMER, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. MAUS TRATOS CONTRA ANIMAL DOMÉSTICO (ART. 32, § 1º-A, DA LEI 9.605/98). Sentença condenatória. Irresignação da defesa. Nulidade da prisão em flagrante. Legalidade do encontro fortuito de provas. Precedentes.

Acesso ao Sumário

Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Ré investigada em crime de falsificação de documentos em nome de médico veterinário, tendo firmado acordo de não persecução penal. Materialidade e autoria delitivas suficientemente demonstradas. Depoimentos das testemunhas que foram detalhados e seguros, além de terem sido respaldados por laudo pericial. Ausência de violação ao art. 159 do CPP. Prova segura de que a ré era também responsável pelos cuidados e comércio ilegal de animais. Incabível a absolvição. Dosimetria. Pena bem aplicada no mínimo legal, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 407/409, que julgou parcialmente procedente a ação penal, para condenar a ré Maria Aparecida da Silva Freitas por violação ao artigo 32, §1ºA da Lei 9605/98, à pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão, sob o regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade e no pagamento de 2 salários mínimos federais vigentes nesta data a entidade pública ou privada de caráter social a ser indicado oportunamente pelo setor de execução penal, à pena pecuniária de 10 dias multa, cada dia multa fixado no mínimo legal, e proibição de guarda dos animais, pelo mesmo período da pena privativa de liberdade; absolvida da qualificadora do §2º do artigo 32, da Lei 9605/98, com fulcro no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal. Foi deferido o direito de responder em liberdade.

Foram acolhidos em parte os embargos declaratórios opostos pelo Ministério Público (fls. 423/424), para decretar a perda dos animais apreendidos em poder da ré, ficando concedida a sua guarda definitiva à depositária nomeada a fls. 20/21, deixando de fixar o montante mínimo de indenização (CPP, art. 387, inciso IV), já que não houve demonstração do efetivo dano patrimonial ou quantificação na espécie.

Em suas razões recursais (fls. 427/446), a defesa sustenta, em síntese: i) ilegitimidade passiva, uma vez que a ré não seria proprietária nem sócia da empresa e dos animais apreendidos, os quais pertenciam a seu falecido esposo; ii) nulidade do auto de prisão em flagrante e dos atos dela decorrentes, seja porque o responsável era seu esposo, seja porque o mandado era referente a apuração de falsificação de documentos ou mesmo por não haver indícios de maus tratos, consoante prova testemunhal; iii) no mérito, insuficientes as provas à condena-

Acesso ao Sumário

ção, visto que os testemunhos contradizem as provas documentais; iv) não há laudo atestando a doença dos animais. Requer a absolvição da recorrente com base no artigo 386, incisos III ou VII, do Código de Processo Penal; a declaração de nulidade do auto de prisão em flagrante ante a ausência de autorização ou justificativa para ingresso na residência da recorrente; o reconhecimento da ilicitude dos documentos de fls. 174/211 e por fim, que seja retirada a restrição da acusada em estar na presença de animais ou tê-los como estimação, e ainda as multas e demais cominações impostas na r. sentença, por falta de provas de maus tratos.

Foi requerida a concessão de justiça gratuita. Contrarrazões às fls. 453/455. Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 460/463 pelo desprovimento do recurso.

É O RELATÓRIO.

Inicialmente, defiro a gratuidade judiciária, à míngua de impugnação da parte contrária acerca da alegada hipossuficiência da recorrente.

No mais, não há que se falar em nulidade do auto de prisão em flagrante.

Como se depreende dos autos, policiais civis cumpriam mandado de busca e apreensão expedido nos autos nº 1513227-58.2021.8.26.0224, referente a investigação destinada a apurar falsificação de documento praticada pela ré e seu esposo e, no curso da busca, verificou-se a prática de crime de maus tratos a animais.

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, embora a "*medida invasiva tenha sido autorizada no curso de investigação relativa a delito diverso, o que se tem, neste caso, é o encontro fortuito de provas, também chamado pela doutrina de serendipidade, não havendo que se falar em irregularidade ou vício na diligência ou nas provas obtidas no curso de sua execução*" (AgRg no HC n. 703.948/SC, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 08/03/2022, DJe 11/03/2022)

A alegada ilegitimidade se confunde com o mérito e com ele será analisado.

No mérito, trata-se de ação penal movida contra Maria Aparecida da Silva Freitas por violação ao artigo 32, §1º-A, e §2º, da Lei nº 9.605/98 cc artigo 29, caput, do Código Penal, pois em data incerta, mas tendo perdurado até o dia 02 de setembro de 2021, por volta das 13hs30min, em concurso com Flávio Euclides de Freitas, com prévia unidade de propósitos e desígnios, praticou atos de abusos e maus-tratos contra animais domésticos, sendo 39 (trinta e nove) gatos e 12 (doze) cães.

Consta da exordial que os denunciados MARIA e FLÁVIO mantinham no local dos fatos, além de sua residência, o canil/gatil denominado "Golden City Kennel", exercendo atividade de venda cães da raça "Golden Retriever" e gatos da raça "Gato de Bengal".

Acesso ao Sumário

No dia 02 de setembro de 2021, policiais civis compareceram ao local para dar cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido pelo juízo da 3ª Vara Criminal de Guarulhos, no âmbito dos autos nº 1513227-58.2021.8.26.0224, em que a denunciada MARIA figura como investigada por crimes de falso.

Lá chegando, os policiais civis, acompanhados de fiscal do Conselho Regional de Medicina Veterinária, de médico veterinário e de funcionários do Departamento de Proteção Animal da Prefeitura de Guarulhos, constataram maus tratos a 39 (trinta e nove) "Gatos de Bengal" e a 12 (doze) cães da raça "Golden Retriever".

Foram encontrados no imóvel um saco de ração vencida; embalagens de água sanitária depositadas sobre piso impermeabilizado sem contenção para vazamento; um saco de ração aberto e sem vedação; medicamentos de uso humano e veterinário vencidos; testes do tipo SNAP COMBO, armazenados em geladeira, também vencidos.

Além disso, constatou-se que os denunciados mantinham gatos e cães em baias, deixando animais doentes em meio a outros saudáveis, promovendo, assim, a disseminação de doenças. Diversos animais apresentavam condição física diminuída, e várias das baias ostentavam comedouros e bebedouros desprovidos de água ou alimentos (cf. laudo pericial acostado a fls. 107/142).

Na ocasião, os denunciados não apresentaram prontuários, carteiras de vacinação ou quaisquer outros documentos relativos aos animais.

Flávio Euclides faleceu 10/02/2022, conforme certidão de óbito de fls. 276, tendo sido julgada extinta a punibilidade em relação a ele (fls. 304).

Pois bem.

A materialidade delitiva está suficientemente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 05 e 13), pelo boletim de ocorrência (fls. 14/17), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 39/40), pelo auto de depósito (fls. 20/21), pelo laudo pericial (fls. 111/146), e pela prova oral colhida em juízo.

A testemunha Christian Volpi, em juízo, disse que é administrador, fiscal concursado do Conselho de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo; participou da fiscalização como representante do referido Conselho; acompanhou a movimentação da polícia e da prefeitura no local; não tem conhecimento técnico, porém viu indícios de maus tratos, o ambiente era bem insalubre, com sinais de estresse nos gatos, urina no chão; o veterinário da prefeitura apontou a existência de gatos doentes; encontraram diversos frascos de medicamentos utilizados sem controle ou referência ao veterinário responsável pela aplicação dos medicamentos; o local do canil era um imóvel e ao, adentrá-lo, havia acesso ao imóvel do lado, que era a casa; havia um canil de cachorros Golden com muitas fezes no chão, aparentemente apertado pela quantidade e tamanho dos animais; alguns cômodos separavam outros animais; havia gatos soltos estressados; encontrou em banheiro uma gata fêmea com filhotes; alguns cômodos com ração

Acesso ao Sumário

espalhada; os animais ficavam presos, não havia área externa, de enriquecimento, para os animais; na cozinha do imóvel, encontraram na geladeira de alimento humano embalagem de exames veterinários; encontraram contratos de vendas de animais, carteiras de vacinação de animais, mas não localizaram nome de responsável veterinário pela saúde dos animais; o veterinário da prefeitura atestou os maus tratos; reconhece a assinatura de fls. 166 do auto de constatação, onde aponta que havia indícios de maus tratos, e quem atestou foi o veterinário da prefeitura; havia suspeita de 3 ou 4 animais, pelo quanto dito pelo veterinário, de que estivessem contaminados por "esporotricose", o que seria necessário confirmar por exames; encontrou os cachorros nos canis e os gatos estavam nas dependências internas do local e na parte da laje, nenhum morto; o canil e o gatil não estavam registrados no Conselho, de modo que não pode afirmar quem seria formalmente responsável por eles; não sabe a avaliação individual de cada animal; sua chefia quem o contatou para que comparecesse ao local, pois estavam sem veterinário do Conselho para representar o órgão, não sabendo a origem do pedido de fiscalização.

A testemunha Eduardo Rodrigues de Oliveira, é médico veterinário da Prefeitura de Guarulhos, à época no Departamento de Proteção Animal; verificou ser área mista de residência, gatil e canil, com superlotação de animais para a área, muitos animais doentes misturados com sadios, condições de higiene precárias, com pouca ventilação e insolação, propícios à transmissão; animais recém nascidos com adultos; havia uma sala de veterinário, mas sem profissional responsável, sendo que a própria equipe fazia a administração; verificaram produtos vencidos, instalação de microchips, procedimentos veterinários sem veterinário; encontraram carteiras de vacinação com carimbo de profissional, mas sem assinatura; utilizam técnicas para medir bem-estar dos animais e maus tratos (ambiente livre de dor, possibilidade de correr, abrigo de sol e chuva, etc.) e verificou sim que algumas condições estavam sendo feridas; constatou gatos doentes; tais condições são consideradas maus-tratos; não se recorda se houve morte de algum animal, recorda-se que foram recolhidos; aparentemente, pelo exame clínico, constatou se tratar de "complexo respiratório felino" a doença verificada; os sinais clínicos eram evidentes por secreções nos olhos, nariz, dificuldade respiratória; não se recorda precisamente quantos animais, mas eram vários felinos evidentemente doentes, possui imagens, cerca de dez; esses gatos os sintomas eram semelhantes, é uma doença exclusiva de felinos altamente contagiosa entre eles; havia recém nascidos, que são altamente suscetíveis; o local era totalmente fechado, sem janelas, telhas tipo Eucatex, bastante abafado, sem ventilação, o que reduz o bem-estar e favorece a transmissão de doenças; indicado pela magistrada a existência de área externa e janelas pelas fotos dos autos, esclareceu que os cães tinham acesso às áreas externas, embora também insuficientes, já os felinos estavam em salão fechado na parte superior do imó-

Acesso ao Sumário

vel com janelas fechadas sem tela, com equipamentos de ventilação forçada por ventiladores; se o ambiente estivesse aberto, os gatos fugiriam, por isso não tinham acesso às áreas externas sem fugir; não havia área telada; trabalhava diretamente no canil da Prefeitura e sua diretora o encaminhou para verificar demanda de maus-tratos, mediante ordem de serviço; foi ao local somente uma vez; questionou os proprietários sobre o veterinário responsável e eles afirmaram que existia uma pessoa, que iriam buscar e trazer documento comprobatório de que era o responsável pelo local, mas não trouxerem; localizaram carteirinhas de vacinação já com o carimbo do médico veterinário e produtos exclusivos de uso de profissional habilitado que não poderiam ser administrados por pessoa leiga.

A testemunha Henrique Manuel, policial civil, em seu depoimento policial, afirmou ter ido até o local dos fatos dar apoio a vários órgãos que tinham a denúncia; no local, os especialistas afirmaram estarem os animais em aparência de maus-tratos, por isso foram os investigados conduzidos à Delegacia; recorda-se de que era uma empresa que fazia comércio de animais de determinadas raças; não têm competência técnica para afirmar se os animais estavam ou não com sinais de maus-tratos ou doentes; não lembra da informação da morte de gato; não se recorda de medicamentos ou ração vencida; havia várias baias, que supõe que fossem para cruzar animais; parece que os veterinários indicaram ter visto algum animal doente que poderia contaminar os demais, mas não chegou a vê-lo; eram muitos animais; dirigiram-se apenas como apoio policial; não tem entendimento técnico, de modo que sua opinião sobre o estado dos animais não teria relevância.

A ré, por seu turno, negou os fatos. Asseverou que se deparou no portão de sua casa com muitas viaturas e muitos agentes policiais; que chegaram dizendo que possuíam um mandado de busca e apreensão; que autorizou a entrada deles; os animais pertenciam a seu marido, que era estudante de veterinária, alguns de estimação e outros para comercialização; que fazia contato eventual com alguma venda, pois seu marido precisava de tempo para estudar, ocasião em que o auxiliava em muitas coisas; a limpeza era feita por Flávio e, na sua ausência, o ajudava; os gatos estavam lá fazia cerca de um ano e meio, dois anos; não percebeu a existência de animais doentes, se houvesse indícios, quando o veterinário oficial não estava no local, Flávio encaminhava para tratamento; quanto aos medicamentos vencidos, esclareceu que não podem ser colocados em lixo doméstico; uma das geladeiras apresentou problemas e os remédios foram perdidos, por isso foram colocadas em local separado para descarte oportuno; desconhece a informação sobre ração vencida, pois a quantidade comprada era suficiente para abastecer e sobrar; quando perguntada sobre os documentos e carteiras de vacinação dos bichos, disse que quem comandava tratamento e cuidados dos animais era o veterinário, acompanhado por Flávio; após os fatos,

Acesso ao Sumário

Flávio ficou muito triste, entrou em depressão e praticou suicídio; essa foi a primeira fiscalização que receberam; sobre Cibele Karine Muraski, vendeu um gato a ela, e, até onde tem conhecimento, não soube de óbito do animal, mas o advogado dela a contatou; atualmente não comercializa mais animais; atualmente está desempregada e doente; vivia dependente do Flávio e hoje vive de auxílio familiar; é formada em contabilidade.

Como visto, a prisão em flagrante da ré se deu em razão de busca e apreensão ordenada no âmbito de outro inquérito policial, deflagrado para averiguar a conduta de Maria Aparecida da Silva Freitas que teria falsificado documentos em nome do médico veterinário Rafael Morelli, para venda ilegal de animais.

Há evidências de contratos de compra e venda de animais firmados expressamente em nome da ré Maria Aparecida da Silva Freitas (IC nº1513227-58.2021.8.26.0224 apensado ao IC nº 1513228-43.2021.8.26.0224 fls. 06/16 daqueles autos).

No bojo do referido feito, transitado em julgado em 06/11/2023, a ré confessou integralmente a prática do fato que lhe foi imputado e efetuou acordo de não persecução penal (fls. 164/165 daqueles autos).

Ademais disso, a própria ré em seu interrogatório no presente feito, afirma que ajudava seu esposo "em muitas coisas", substituindo-o quando necessário, e que atualmente se encontra desempregada.

Dessa feita, não há que se falar em ilegitimidade passiva, uma vez que a ré atuava ativamente no comércio ilegalmente desenvolvido no local.

Os efetivos maus tratos também encontram respaldo nos depoimentos claros e detalhados das testemunhas, tendo as informações prestadas pelo médico veterinário presente na data dos fatos e pelo representante do Conselho de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo, também testemunha presencial, encontrado ressonância no teor do laudo pericial realizado no local da ocorrência (fls. 111/146):

> *"Foi localizado armário vedado por portas de correr vítrea, sendo observados inúmeras embalagens de rações para cães e para gatos. Algumas embalagens abertas, mantidas sem acondicionamento apropriado. Dentre as embalagens, fora encontrado uma embalagem de ração para gatos, marca Golden, 10,1kg, fora do prazo de validade, com inscrições de data de fabricação 07/04/2020 e data de validade 07/04/2021, embalada em invólucro plástico transparente com Lacre SPTC 0135317. Ainda no térreo, foram observadas embalagens de água sanitária (hipoclorito de sódio e alvejante), depositadas sobre piso impermeabilizado, sem contenção para vazamento. Não foram observados Equipamentos de Proteção Individual-EPI's necessários para manuseio do material. Nesse pavimento havia um cão solto, (...) foram observados poças de urina, fezes sólidas e poça de fezes liquefeita. Não foram observados os prontuários, carteira*

Acesso ao Sumário

de vacinação ou outros documentos dos cães.

Na porção posterior, havia um cômodo no qual havia banheira, uma mesa com substrato de borracha e armários, sendo localizados medicamentos, de uso humano e de uso veterinário, estando alguns fora do prazo de validade, (...)

Também havia um espaço de aproximadamente 8m², no qual estavam acondicionados gatos, não sendo possível distinguir sexo, idade ou condição de saúde, sem separação entre eles, sendo observado frascos de produtos químicos, tais como álcool e detergente de uso doméstico. Fora observado no cômodo anterior do pavimento, uma ninhada de gato, fêmea e filhotes, soltos pelo ambiente, com comedouro/bebedouro desprovidos de alimento e água, com acesso a parte externa da residência.

Não foram observados prontuários, carteira de vacinação ou outros documentos relativos a esses animais." (fls. 17)

Vale pontuar, inclusive, que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de comprovação dos maus tratos mesmo sem laudo pericial, conforme segue:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES AMBIENTAIS. CRIME CONTRA A FAUNA. TER EM CATIVEIRO ESPÉCIME DA FAUNA SILVESTRE SEM A DEVIDA LICENÇA DA AUTORIDADE COMPETENTE (ART. 29, § 1º, INCISO III, DA LEI N. 9.605/1998). MAUS TRATOS (ART. 32, CAPUT, DA LEI N. 9.605/1998). AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. AFASTAMENTO, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO, DO PERDÃO JUDICIAL PREVISTO NO ART. 29, § 2º DA LEI 9.605/1998. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há que se falar em nulidade por ausência de perícia, máxime quando a materialidade delitiva se assentou em outros elementos de prova contundentes, como o auto de infração, o relatório de fiscalização, o laudo de constatação e as declarações testemunhais (AgRg no AREsp 1104676/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/12/2018, DJe de 1º/2/2019).

2. Na hipótese, embora se trate de crime que deixa vestígios, a perícia se mostrou dispensável no caso em análise, uma vez que a conduta típica praticada pelo ora agravante foi amplamente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante, bem como pela prova oral colhida ao longo da instrução criminal. Conforme foi consignado pela Corte local, restou claro nos autos que o acusado manteve em cativeiro espécime da fauna silvestre sem licença ou autorização da autoridade ambiental competente, notadamente em razão dos depoimentos dos agentes policiais que foram

Acesso ao Sumário

enfáticos ao relatarem que o acusado mutilou as duas asas do pássaro que mantinha em cativeiro.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 716.459/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 14/3/2022)

Assim, e considerando que não foi apontada qualquer irregularidade técnica nos laudos periciais constantes dos autos, resta suficientemente provada a materialidade do delito.

Em acréscimo, consoante assinalado pela acusação, não há que se falar em ilicitude dos documentos juntados a fls. 174/211, pois não foram obtidos de forma ilícita, na medida em que foram recebidos por notícia de fato enviada ao Ministério Público.

Do que se depreende, portanto, que restou suficientemente demonstrado que a ré era também responsável pelo comércio dos animais na área, devendo responder criminalmente pelos fatos.

Dessa forma, havendo prova segura da autoria e da materialidade, fica mantida a condenação.

Passo à dosimetria.

A pena foi fixada no mínimo legal e, portanto, não comporta qualquer reforma - tanto é que sequer houve impugnação da defesa quanto a esse aspecto.

No mais, correta a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que preenchidos os requisitos legais.

Por fim, a multa e a proibição de guarda são previstas como preceito secundário do §1º-A, do artigo 32, da Lei nº 9.605/1998, consistindo em efeito legal da condenação.

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença.

E, considerando que a ré respondeu ao processo em liberdade, poderá assim permanecer até o trânsito em julgado da condenação.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500307-33.2020.8.26.0080, da Comarca de Cabreúva, em que é apelante G. S. S., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para absolver G.S.S. com fulcro no artigo 386,

inciso III, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.139)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NEWTON NEVES (Presidente sem voto), GUILHERME DE SOUZA NUCCI e LEME GARCIA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2024.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Apelante de 20 anos de idade condenado a 14 anos de reclusão por manter relações sexuais consentidas com a vítima a 36 dias de atingir a idade de consentimento prevista no art. 217-A do CP. Ofendida que sempre confirmou ter mantido breve relacionamento amoroso com o ora apelante, sem qualquer sorte de violência ou constrangimento, e não ter experimentado qualquer sofrimento ou trauma psicológico. Prova testemunhal que corrobora essa situação. Referência de que todos os membros da família, à exceção do pai da vítima, entendiam inadequado envolver a polícia porque sabiam que o relacionamento entre autor e vítima tinha sido consensual. Inconformismo do genitor que deve ter decorrido do fato de ser o autor seu irmão. Distinguishing do caso paradigma do tema 918 do índice de recursos repetitivos. Necessidade do reconhecimento da atipicidade material no caso concreto. Precedentes do C. STJ. Apelo provido para absolvição com fulcro no artigo 386, III, do CPP.

VOTO

1. G.S.S. foi denunciado e processado como incurso na pena do artigo 217-A, c.c. o artigo 226, inciso II, por diversas oportunidades, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, porque, entre os meses de dezembro de 2019 e janeiro de 2020, teria mantido relações sexuais com G.F.S., com 13 anos de idade ao tempo dos fatos, que era filha de seu irmão, portanto, sua sobrinha.

Ao final da instrução, foi proferida sentença de procedência total da ação penal, com a condenação de G.S.S. à pena de 14 anos de reclusão em regime inicial fechado pelas infrações descritas na exordial (fls. 209/213).

Inconformado, apela buscando ser absolvido e, para tanto, destaca o que considera serem relevantes contradições nas falas das testemunhas, chegando a afirmar que os pais da vítima teriam ciência do relacionamento amoroso que ela

Acesso ao Sumário

mantinha com o ora apelante. Subsidiariamente, espera ter as penas abrandadas pela atenuante do artigo 65, inciso I, alínea d, do Código Penal (fls. 223/242).

A Justiça Pública apresentou contrarrazões e o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é no sentido do improvimento do recurso.

É o relatório.

2. Meu voto, ***data venia*** do parecer da d. Procuradoria, é pelo provimento do recurso para absolvição do apelante.

De início, considerando a complexidade particular ao caso de que ora se trata e a natureza da solução que proponho, reputo adequado registrar algumas palavras sobre o papel dos Magistrados na apreciação de causas criminais. Não se trata de tarefa que possa ser resolvida com precisão matemática, desprezando dados da vida real para aplicar cegamente a letra fria da lei. Fosse essa a nossa missão, em verdade, já seríamos desnecessários há décadas, com o simples emprego de computadores, ou, na melhor das hipóteses, estaríamos nos tornando obsoletos nos dias de hoje, com a ascensão da inteligência artificial, que vem desempenhando tarefas de análise de fatos e registros que, até pouco tempo atrás eram exclusivamente humanas.

A melhoria trazida pela tecnologia no exercício da jurisdição é indiscutível, mas por vezes este Relator se vê ponderando sobre a massificação e a certa automatização de trabalhos que, por definição, deveriam ser realizados de forma estritamente individual, mediante cuidadoso exame.

Por um lado, a integral digitalização dos autos e a realização de sessões virtuais de julgamento possibilitaram uma inédita aceleração da prestação do serviço jurisdicional em todos os seus graus. Contudo, por outro, casos como o destes autos nos fazem relembrar que, por detrás de cada número de processo e de cada linha no sistema de informática da Justiça, há vidas de pessoas reais, com consequências que - especialmente na área criminal - lhes causam impactos extremos.

Decerto não foi a tecnologia que determinou o desfecho do caso que ora se analisa em apelação, mas parece a este Relator que o distanciamento dos fatos da vida que o acompanha pode ter contribuído para que G.S.S., pessoa absolutamente primária e sem quaisquer sorte de passagens criminais, fosse condenado em primeiro grau à pena de nada menos que 14 anos de reclusão, por suposta incursão em um dos tipos mais graves do Código Penal, como resultado de processo de apenas cerca de 208 laudas, um interrogatório de 52 segundos e depois de oitivas de apenas duas testemunhas que mal duraram alguns minutos, além da fala categórica da vítima em que garantia ter agido com plena consciência e jamais ter sido constrangida a nada.

A verdade é que o legislador pátrio, como já lhe é de hábito, conquanto bem-intencionado, terminou por criar tipo penal de péssima redação.

Já é sabido que, até 2009, um caso como o destes autos se subsumiria

Acesso ao Sumário

ao crime de estupro, que tinha como elementar a violência ou grave ameaça (*"Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça"*), a qual seria presumida pela idade da vítima, por força de outro dispositivo legal (*Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos;* [...]").

E embora ainda seja comum ver atualmente na praxe forense Advogados, Promotores, Juízes, Desembargadores e até Ministros que seguem mencionando a "presunção de violência" nessas situações, é fato que ela não mais existe em nosso ordenamento. A reforma pela Lei 12.015 de 2009 criou o artigo 217-A do Código Penal com preceito primário de redação excessivamente simples: *"Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:"*.

A literalidade do preceito primário atual, com a intenção de dar corpo à proteção integral das crianças e adolescentes, conforme determinado pela Constituição da República, tornou crime toda e qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos, independentemente de violência, efetiva ou presumida.

A tentativa é meritória, evidentemente, mas visava claramente a impedir que Magistrados interpretassem o caso concreto para considerar que dados como a experiência sexual anterior do menor ou o relacionamento amoroso entre estuprador e vítima, por exemplo, impedissem a responsabilização criminal como vinham fazendo.

Todavia, como quase sempre em Direito (e na vida em geral), a melhor solução raramente está em uma afirmativa absoluta; encontra-se, por outro lado, com muito mais frequência, em um caminho do meio.

Em outras palavras, terminou por deixar os aplicadores da Lei de mãos atadas para materializarem sua visão de Justiça no caso concreto, adotando critério etário radical que, como no caso destes autos, respeitados os entendimentos divergentes, força a fechar os olhos à simples e óbvia realidade.

Adiante neste voto, serão apresentados diversos argumentos fáticos e jurídicos a fundamentarem a decisão de desconstituir o édito condenatório que impôs a G.S.S. pena superior à que poderia esperar se tivesse assassinado a vítima a sangue frio.

Acesso ao Sumário

Contudo, o "desconforto" com o desate dado em primeiro grau, por sua flagrante desproporcionalidade e inutilidade, pode ser agora antecipado e simplificado em poucas linhas: não há interesse social, razoabilidade, Justiça ou sequer qualquer lógica discernível em encarcerar um jovem primário de 20 anos de idade por mais de uma década por ter mantido relações sexuais consentidas e mutuamente desejadas, sem sinais de manipulação ou abuso, com uma garota que contava com 13 anos, 10 meses e 24 dias de idade, ou seja, a 36 dias de atingir a idade do consentimento.

O mencionado "desconforto", portanto, advém da injustiça do critério

puramente etário e da forçada desconsideração da própria palavra da vítima, que sempre mostrou maturidade e declarou ter mantido um relacionamento amoroso breve com G.S.S. voluntariamente, sem qualquer sombra de violência, ameaça ou constrangimento, mostrando pleno entendimento da situação e absolutamente nenhuma consequência negativa, conforme afirmado pela própria psicóloga que atuou no caso.

A aplicação do critério etário absoluto e inegociável escolhido pelo legislador e reforçado pelo enunciado de súmula 593 do C. Superior Tribunal de Justiça, a resumir a tese do recurso repetitivo n° 918 (posteriormente positivada no artigo 217-A, § 5º, do próprio Código Penal), leva a distorções como a deste caso, onde uma brevíssima instrução (porque basta provar a relação sexual) resulta em longuíssimas penas por conduta cuja potencialidade lesiva é bastante discutível no caso concreto.

Não é possível, nesse ponto, deixar de citar a obra do Exmo. Desembargador Guilherme de Souza Nucci, ilustre integrante desta C. Câmara, pois há muito é a referência maior na doutrina nacional criminal e porque já manifestou opinião semelhante em seu Curso de Direito Penal: *"O legislador, na área penal, manteve-se fiel a uma postura conservadora, ignorando a viabilidade de proibir somente as relações sexuais de menores de 12 anos (crianças), permitindo a verificação, no caso concreto, do grau de consentimento do adolescente (maior de 12 anos), seguindo a terminologia do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe o art. 2º deste Estatuto (Lei 8.069/1990) considerar-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos (11 anos completos) e adolescente aquela entre doze e dezoito anos (de 12 a 17 anos completos). Portanto, a vulnerabilidade deveria ser absoluta, no campo do consentimento sexual, para as crianças, mas relativa quanto aos adolescentes. Sendo absoluta, não comporta prova em contrário; se relativa, admite prova em sentido diverso para uma especial situação concreta. Afinal, os adolescentes já podem sofrer, a partir dos 12 anos, medidas socioeducativas, pelos atos infracionais praticados, mais severas que as crianças. Significa terem maior conhecimento e amadurecimento. [...] Retornando à temática da relação sexual do(a) menor de 14 anos, há julgados condenando jovens namorados, geralmente porque a garota teve relação sexual com o rapaz, este com 18 anos e aquela com menos de 14. No entanto, existe, no Brasil, especialmente no interior de Estados menos desenvolvidos, o nascimento precoce da atividade sexual, até porque também passam a existir os deveres muito cedo. E a situação, muito mais social do que penal, ocorre em países cujo interior apresenta características similares ao nosso país, como é o caso de Honduras. Palacio Mejía narra que crianças de 9, 10 anos, já estão ajudando seus pais nos afazeres domésticos e nos trabalhos agrícolas. As acomodações são simples e geralmente toda a família reside num só cômodo. Muito cedo nasce o desejo de formar um casal e essas crianças se unem para*

Acesso ao Sumário

constituir uma família. Namoram e unem-se com o propósito de viver juntos, criar seus filhos, até que 'a morte os separe'. Veem-se, com frequência, vários desses casais chegar à maturidade e à velhice ainda juntos. Completa, então, que, nesse cenário, não se pode atribuir nenhuma relevância jurídico-penal. Trata-se de um comportamento natural para as pessoas da região. Ninguém se importa com fatos dessa natureza. No Brasil, conforme o local, a situação não é muito diferente. Pode-se constatar a existência da gravidez de meninas menores de 14 anos, sem que isso se vincule a qualquer forma de abuso sexual; ao contrário, são situações nas quais há a formação da família e o casal, embora muito jovem, chega a ter filhos e viver em comum. É preciso distinguir esse cenário específico de outras formas de violência sexual, inclusive as perniciosas investidas que ocorrem no contexto doméstico. A realidade também escreve as linhas do direito e da justiça" (Curso de Direito Penal: Parte Especial, vol. 3, 7ª ed., Ed. Gen Forense, 2023, p. 57).

A título ilustrativo e para confirmar a banalidade com que a aplicação do critério da idade de consentimento trata a vida das pessoas, transcrevo a seguir a íntegra do parecer da d. Procuradoria sobre o mérito da condenação em si: depois de transcrever a prova oral, registrou ***"Busca, no entanto, a defesa a absolvição do acusado, alegando que a relação foi consentida. Sem razão. A vítima, na época dos fatos, era menor de 14 anos, cuja violência se presume objetivamente. Inviável a absolvição".*** Seguiu apenas para tratar do pleito subsidiário de abrandamento da pena (destaquei em negrito, fls. 265).

Agora, finalizado esse introito, que sozinho poderia bastar para justificar meu voto, passo a expor em detalhes o caso de que se trata, na esperança de bem explicar o sentir deste Desembargador sobre a interpretação jurídica dos fatos, com o necessário ***distinguishing*** do precedente qualificado supramencionado. Destaco, em tempo, que mais ao final também colaciono diversos julgados do próprio C. Superior Tribunal de Justiça nos quais mesmo os seus eminentes Ministros viram a Justiça de relativizar o critério etário absoluto em situações pontuais.

3. A persecução penal em questão se iniciou com a instauração de inquérito policial por portaria em 18 de junho de 2020 (fls. 2/3), com base em um boletim de ocorrência elaborado aos 28 de janeiro daquele ano.

Nele, constava que a senhora M.F.C., mãe de G.F.S., então com 13 anos de idade, havia percebido uma marca roxa em seu pescoço no dia 23 de janeiro. Começou "a investigar através de pessoas próximas" e, no dia anterior ao do registro, conseguiu que a menina lhe dissesse que tinha sido seu tio G.S.S. o responsável: gostava dele e estavam "ficando" juntos (fls. 4/5). Esse depoimento foi reduzido a termo a fls. 8.

A fls. 9 vem o termo de declarações de J.M.S.S., pai de G.F.S., colhido somente em junho daquele ano, quando declarou que sua esposa e ele haviam

Acesso ao Sumário

visto em janeiro uma marca no pescoço da filha de 13 anos que disse ser seu tio G.S.S. o responsável e que ambos tiveram relacionamento sexual. Não conversou sobre os fatos com o então investigado, que é seu irmão.

Foi lavrado em seguida um desnecessário termo de reconhecimento fotográfico (fls. 10) e juntada uma ficha de atendimento médico na Santa Casa de Cabreúva do dia 28 de janeiro. A mãe relatava abuso sexual havia 5 dias e no campo "conduta" constou a necessidade de avaliação especializada, orientação sobre os meios "legais e judiciais", aguardando o conselho tutelar e a polícia.

O Instituto Médico-Legal, naquele mesmo dia, elaborou o laudo de conjunção carnal que foi juntado a fls. 13/15. No campo histórico havia *"Informa a examinada, que teria sido vítima de conjunção carnal com o tio G. há aproximadamente 1 mês. Refere que foi um ato consentido, refere uso de preservativo. Data da última menstruação no dia 17/01/2020. Menarca aos 9 anos"* (***sic***). Concluíram que havia sido "deflorada em data não recente" e que a lesão himenal era antiga.

Depois de pesquisas de passagens criminais que não informaram a instauração de um inquérito policial sequer em seu desfavor (fls. 16), G.S.S. foi interrogado e declarou ter mantido relacionamento amoroso com G.F.S. e que tiveram relações sexuais, sem saber precisar a quantidade, iniciando no Natal de 2019. Disse que ela ainda tinha 13 anos e que seus pais "foram contra o relacionamento deles". Nunca fez nada contra a vontade dela (fls. 17/18).

O inquérito foi relatado (fls. 23/24) e a d. Promotoria de Justiça ofereceu denúncia por incursão no artigo 217-A, c.c. artigo 226, inciso II, por diversas oportunidades, na forma do artigo 71 do Código Penal (fls. 36/38).

G.S.S. foi citado e respondeu à acusação esperando ser absolvido por aplicação do princípio da adequação social. Também requereu viesse aos autos a declaração da menor feita ao conselho tutelar e exame psicológico que fosse capaz de avaliar se houve abalo psicológico (fls. 49/57). Já adianto que nenhum dos dois pedidos foi atendido. A Magistrada limitou- se a permitir que quesitos fossem apresentados pela defesa para a psicóloga que conduziria a colheita de depoimento especial (fls. 61/62), o que também jamais foi feito. Foi expedido ofício para cobrança de informações a respeito do atendimento da vítima pelo Conselho Tutelar em março de 2021 (fls. 98), o que, novamente, nunca foi respondido.

A audiência para coleta do depoimento especial da vítima foi então realizada. Em pouco mais de 5 minutos, a adolescente G.F.S., na época com 15 anos de idade, disse que G.S.S. teria "comentado" em uma foto que ela postou em redes sociais e começaram a conversar por mensagens de celular. Depois de algum tempo, ele se declarou dizendo que estava gostando dela e ela respondeu que também gostava dele. A partir desse ponto, passaram a conversar bastante e diariamente, até que um dia marcaram de se ver. "Ficaram" mais de uma vez.

Acesso ao Sumário

Disse que "uma pessoa" teria visto ela entrando na casa de sua avó na última ocasião em que se relacionaram. Quando sua mãe descobriu, contou para seu pai e ficaram bravos. O pai viu as conversas no telefone celular e foram à delegacia fazer boletim de ocorrência.

Respondeu que o relacionamento foi descoberto quando ainda tinha 13 anos e já havia algum tempo que estava com ele. Fez questão de pontuar *"não quero que ele vá preso. Meu pai falou que nem sempre que tem boletim de ocorrência a pessoa vai presa e tem outros jeitos de a pessoa pagar. Não quero que ele vá preso pelo que eu fiz"* (8min01seg).

O Ministério Público formula uma única pergunta: se G.S.S. sabia sua idade, e a resposta foi afirmativa. À defesa, responde que nunca foi ameaçada ou constrangida a fazer algo que não queria e que, depois de "tanto tempo", não mantém sentimento que então tinha por ele, mas segue sentindo consideração e carinho.

Chama atenção o fato de que ninguém perguntou à vítima sobre se foi com ele que manteve sua primeira relação sexual ou se já havia namorado antes, perguntas que poderiam reforçar a conclusão de que não havia verdadeira vulnerabilidade da adolescente, dado que, embora tomado por irrelevante pela letra fria da lei, não pode ser desprezado na análise das circunstâncias e consequências da conduta, como ficará demonstrado mais adiante, inclusive com precedentes jurisprudenciais superiores a serem destacados, tudo a explicitar que esta não é uma decisão inédita.

M.F.C., mãe da vítima, declarou que viu o machucado que lhe pareceu uma "chupada" no pescoço da filha. Pressionou a adolescente e ela revelou que havia sido G.S.S. quem a beijou, dizendo que mantiveram relações apenas uma vez. Ela disse que estava mesmo gostando dele, o que tinha começado com olhares e mensagens. Também disse a mãe ter ouvido dela que nunca foi ameaçada ou agredida por ele e acrescenta que o pai J.M.S.S. pegou o celular da adolescente, viu as mensagens e destruiu o objeto.

As referidas mensagens de celular, diga-se de passagem, poderiam constituir prova importantíssima a esclarecer diversos aspectos da relação de G.S.S. com a adolescente G.F.S. e, apesar de serem de fácil produção e de terem sido repetidamente referidas pelos envolvidos, jamais foram trazidas aos autos, tamanho o direcionamento à condenação que a confissão extrajudicial determinou logo na 17ª lauda de persecução penal.

Acesso ao Sumário

O pai de G.F.S., senhor J.M.S.S., foi ouvido duas vezes porque a conexão da defensora com a sala virtual de audiência se desfez perto do fim da audiência. Na primeira ocasião, disse que a menina ficou um tempo na casa da sua sobrinha, "filha de sua irmã, que é irmã de G.S.S.", mas chegou com uma chupada no pescoço e ela "confessou" ter mantido relação com o tio. Levaram ela ao médico porque ficaram com medo de que ficasse grávida e por isso fizeram

boletim de ocorrência. Respondeu ao representante ministerial que ela tinha 13 para 14 anos e não sabe se ele sabia da idade dela. Nunca mais conversou com o irmão nem com ninguém daquele lado da família. Pontuou, contudo, que ela não mudou de comportamento e não quis fazer tratamento psicológico, *"levando a vida normalmente, do jeito de sempre"* (3min30seg). Na audiência seguinte, quando o ato foi renovado, prestou declarações mais concisas e nenhuma das partes formulou perguntas.

Esse, portanto, é o teor de toda a prova oral, que pode ser resumida às seguintes informações: G.S.S. manteve com a vítima relacionamento amoroso, ainda que breve e informal, pouco antes de ela completar 14 anos; o pai se enfureceu quando o descobriu e acionou a polícia; G.F.S. nunca foi ameaçada, agredida ou constrangida por G.S.S.; nenhum dano ou mesmo sofrimento psicológico foi referido pela vítima ou percebido por qualquer dos envolvidos.

O interrogatório judicial, que já foi mencionado acima por ter durado menos de um minuto, limitou-se à afirmação de que era verdade que tiveram relações sexuais, tendo a primeira situação ocorrido no dia de Natal em 2019. Respondeu que sabia da idade da vítima, mas não declarou - e nem lhe foi perguntado - se tinha conhecimento de que era crime manter relação sexual consentida com adolescente antes dos 14 anos. Garantiu que nunca mais teve qualquer tipo de contato com a vítima.

Nesse ponto, um destaque pode acrescer à compreensão do caso: no Natal de 2019, G.F.S. contava com exatos 13 anos, 10 meses e 24 dias de idade, enquanto G.S.S. tinha 20 anos, 11 meses e 4 dias. Ou seja, a vítima estava a meros 36 dias da idade legal de consentimento e o homem tachado estuprador era relativamente menor para fins penais, nos termos do artigo 65, inciso I, primeira parte, do Código Penal.

Além disso, é muito relevante o laudo do relatório de depoimento psicossocial apresentado a fls. 140/145, especialmente porque parece ter sido considerado suficiente pela Magistrada e pelas partes, pois jamais foram apresentados ou respondidos quaisquer quesitos.

Assim concluiu a ***expert***, não sem antes declarar que não estava apresentando um laudo de exame psicológico de qualquer espécie, mas apenas relatório dos trabalhos preparatórios para o depoimento especial: *"Compreende-se, pela maneira como a história foi descrita que os fatos em questão provocaram, inicialmente, uma ruptura familiar importante, uma vez que toda família paterna, exceto o genitor da vítima, foi contra o registro do boletim de ocorrência em função de avaliarem como uma relação consensual entre o acusado e a adolescente. Das entrevistas realizadas depreende-se que a adolescente, hoje com 15 anos de idade, apresentou clareza e condições de discernimento quanto aos fatos apresentados na denúncia, não sendo possível avaliar quanto a sua maturidade à época dos fatos (há um ano e seis meses). G.F.S. demonstrou descon-*

Acesso ao Sumário

forto com o fato de G.S.S. estar sendo acusado de violência sexual e reiterou que ambos se relacionaram por afeto, esclarecendo que não se sentiu coagida ou ameaçada por ele. Os relatos das entrevistadas sugerem que não se configurava relação de poder entre acusado e a vítima. A adolescente, no momento desta avaliação, não trouxe queixas ou dificuldades emocionais relacionadas aos fatos em questão, tampouco alterações de comportamento posteriores. Referiu que não realizou acompanhamento psicológico e não sente necessidade de psicoterapia. A família encontra-se referenciada ao CREAS do município" (fls. 145, substituí os prenomes dos envolvidos por suas iniciais).

Ao resumo que fiz alguns parágrafos acima, acresço agora que a única profissional que conversou com a vítima nos autos, depois de deixar claro que não fazia análise psicológica, reitero, disse não ter percebido queixas ou dificuldades emocionais e esclareceu que a própria ofendida jamais quis passar por psicoterapia e não concordava com a responsabilização criminal de G.S.S. e que todos os parentes, à exceção do pai de G.F.S., consideravam inadequado "envolver a polícia" justamente porque sabiam que tudo havia sido consentido.

Volta-se, portanto, ao que já foi magistralmente exposto na obra doutrinária citada mais acima, de que é impossível fechar os olhos à realidade da sociedade brasileira e mundial de hoje, em que alguns adolescentes mais jovens que a idade de consentimento escolhida pelo legislador têm relações sexuais rotineiramente. A própria produção cultural é indiscutivelmente muito mais aberta, frequente e prematura sobre sexualidade, com audiências bastante jovens, do que era há algumas poucas décadas.

Vejo, por exemplo, os dados levantados em uma pesquisa já nem tão recente publicada pela Revista Brasileira de Epidemiologia intitulada "Saúde sexual dos adolescentes segundo a Pesquisa Nacional de Saúde dos Escolares": *"Os resultados revelaram que 30,5% (IC95% 29,9-31,2) dos adolescentes já tiveram relação sexual alguma vez na vida, sendo mais meninos (43,7%; IC95% 42,7-44,7) do que meninas, (18,7%; IC95% 18,0-19,4), com maiores percentuais nas escolas públicas (33,1%; IC95% 32,4-33,9) do que nas privadas (20,7%; IC95% 19,7-21,8). A frequência por idade mostra que,* ***antes dos 13 anos, 12,5% (IC95% 9,4-16,5) já haviam tido relação sexual; aos 13 anos, 15,3% (IC95% 14,3-16,5); aos 14 anos, 24,9% (IC95% 24,0-25,8)****; aos 15 anos, 47,3% (IC95% 45,7-48,9) e aos 16 anos, 63,5% (IC95% 61,5-65,4). Os adolescentes de cor branca relatam menor frequência (26,2%; IC95% 25,2-27,2), quando comparados com os de cor negra (39,8%; IC95% 37,9-41,7) e parda (31,6%; IC95% 30,6-32,6). Quanto maior a escolaridade materna, menor o percentual de escolares que já tiveram relação sexual alguma vez na vida. Observou-se que 42,1% (IC95% 39,4-44,9) dos adolescentes que não residem com o pai e nem com mãe já tiveram relação sexual alguma vez na vida, reduzindo para 26,6% (IC95% 25,8-27,4) quando residem com pai e mãe".*

Acesso ao Sumário

O mesmo estudo se encerra com a conclusão de que, àquela época, há mais de uma década, a iniciação sexual da sociedade brasileira já vinha se tornando mais precoce: *"Com base nos resultados apresentados, pode-se constatar que os adolescentes brasileiros têm iniciado suas relações sexuais cada vez mais cedo, o que leva à necessidade de promover a esta população a orientação, o apoio e a proteção adequados para o início desta nova experiência, a fim de que saiba-se lidar com a situação com mais responsabilidade, segurança e tranquilidade. Neste sentido, o apoio da família, da escola e dos profissionais da saúde é fundamental. Políticas públicas, programas e projetos que enfatizam e abordam a educação sexual, enquanto orientação para a vida, e tenham como eixo norteador a vulnerabilidade, a qual possibilita entender e interagir os diferentes aspectos individuais, programáticos e sociais, devem ser implantados para preparar os sujeitos para viverem no mundo presente e futuro. Trabalho realizado na Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde"* (Deborah Carvalho Malta ***et al***, publicado em setembro de 2011, disponível em 22/01/2024 no sítio https://www.scielo.br/j/rbepid/a/X7L34jV6zHFHvznpdMJ6wyt/#).

Dados mais recentes da Pesquisa Nacional de Saúde Escolar - PeNSE, elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística - IBGE, corroboram e atualizam esse número: concluiu que, no 9º ano (ou seja, com 14 anos de idade), no ano de 2019, 28,5% dos adolescentes referiam já ter iniciado a atividade sexual, número que pula para 33,3% quando é feito o recorte de frequentadores de escolas públicas, que é o caso da ofendida (relatório disponível no sítio https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/9134-pesquisa-nacional-de-saude-do-escolar.html, acessado em 22/01/2024).

Ou seja, condenar o apelante por manter relação sexual consentida com uma adolescente de 13 anos e 11 meses quando um terço dos brasileiros de até 14 anos já iniciou a vida sexual parece um absurdo, ***data venia*** da divergência. Fosse esse o padrão adotado para todos os casos, as unidades prisionais e especialmente as entidades responsáveis por medidas socioeducativas de internação estariam lotadas de estupradores de vulneráveis, especialmente porque o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que, aos 12 anos de idade, o adolescente já tem maturidade para responder por ato infracional análogo ao delito do artigo 217-A do Código Penal (embora, ***ex vi legis***, não tenha idade para consentir à prática sexual!).

Toda essa explanação é necessária para garantir o ***distinguishing*** do caso de que ora se trata em relação à tese firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça nos autos do seu recurso especial n° 1.480.881/PI, elevado à categoria de precedente qualificado e vinculante no tema 918 do índice de recursos repetitivos: *"Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou prati-*

Acesso ao Sumário

que qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime".

É desnecessário se aprofundar muito na leitura daquele v. Acórdão para concluir que se trata de situação completamente diferente da que envolveu G.S.S. e G.F.S. Da sua ementa, extraio: *"No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos".*

Ou seja, o precedente vinculante declarava ser irrelevante o consentimento do ofendido, mas o fez em face de uma situação concreta em que a vítima vinha "namorando" dos 8 aos 11 anos de idade um homem que já contava com mais de 25.

Incomparáveis as situações dessa criança com a de G.F.S., que tinha praticamente 13 anos e 11 meses quando decidiu namorar G.S.S., ainda com 20 anos de idade.

E esse tipo de distinção para com o precedente eleito pelo C. Superior Tribunal de Justiça como representativo da controvérsia vem sendo reiteradamente feito por aquele mesmo elevado Sodalício, pois, evidentemente, não é só à análise deste Relator que punições como a destes autos se apresentaram como verdadeira injustiça.

Dos vários julgados encontrados, menciono alguns dos mais recentes.

Em novembro de 2022, a C. 5ª Turma concedeu ***habeas corpus*** de ofício para absolver o paciente, condenado por estupro de vulnerável nas instâncias ordinárias em caso parecido com o de que ora tratamos. Da fundamentação resumida na sua ementa, constou: *"Nesses termos, reputo que não ficou demonstrada ofensa à dignidade sexual da menor, tampouco lesão ou ameaça à sua formação moral, não sendo o caso de aplicação da tese firmada no Recurso Especial n.º 1.480.881/PI, haja vista as particularidades trazidas, que retiram a tipicidade material da conduta imputada ao paciente. Ademais, a condenação de um jovem, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 8 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo. Precedentes. Ante o exposto, não conheço do habeas corpus. Contudo, concedo a ordem ex officio, para absolver o paciente do delito previsto no art. 217-A do Código Penal"* (HC n. 772.844/MT, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, v.u.).

Em dezembro de 2022, novamente a C. 5ª Turma, com amplíssima funda-

Acesso ao Sumário

mentação jurídica, absolveu outro acusado de estupro de vulnerável por atipicidade material: "[...] *3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados e a constituição de núcleo familiar. Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao distinguishing ou distinção. 4. A condenação de um jovem que, na época dos fatos, tinha 19 anos, hoje com 25 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 8 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional). 5. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados hard cases, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto (HC 124.306/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016, DJe 16/3/2017). 6. Ademais, a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 7. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3°). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente. 8. Agravo regimental a que se nega provimento"* (AgRg no REsp n. 2.029.009/RN, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/12/2022, v.u.). Situação muito semelhante foi decidida da mesma forma pelo mesmo Exmo. Ministro Relator, apenas alguns dias mais tarde, nos autos 2029009/RN.

Por fim, também pude verificar decisão nesse sentido na C. 6ª Turma da

Acesso ao Sumário

Corte Superior, embora proferida por maioria de votos: *"1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp n. 1.480.881/PI, submetido ao rito dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação jurisprudencial, então dominante, de que absoluta a presunção de violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos. 2. A presente questão enseja distinguishing quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, pois, diante dos seus componentes circunstanciais, verifica-se que o réu possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade, ao passo que a vítima, adolescente, contava com 12 anos de idade, sendo que, do relacionamento amoroso, resultou no nascimento de uma filha, devidamente reconhecida, fato social relevante que deve ser considerado no cenário da acusação. 3. 'Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade' (RHC n. 126.272/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1º/6/2021, DJe 15/6/2021). 4. Considerando as particularidades do presente feito, em especial o fato de a vítima viver maritalmente com o acusado desde o nascimento da filha do casal, denota que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal. 5. 'A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida' (REsp n. 1524494/RN e AREsp 1555030/GO, rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021.) 6. Agravo regimental improvido"* (AgRg no REsp n. 2.015.310/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato - Desembargador Convocado do TJDFT, Sexta Turma, julgado em 12/9/2023, p.m.v., vencido o Exmo. Min. Rogerio Schietti Cruz).

Por esses motivos, reputo ser caso de reconhecimento da atipicidade material da conduta.

Pela fala da vítima, não seria descabido concluir que tenha sido mais aviltada pela ação penal em si do que pelo fato de ter mantido relações sexuais voluntariamente alguns poucos dias antes de completar 14 anos de idade. Aliás, se é inquestionável a possibilidade de se reconhecer a inexistência de relevante lesão jurídica no furto de coisa avaliada em 10% de um salário-mínimo, não vejo razão para deixarmos de tomar por igualmente irrelevante, penalmente e neste caso em concreto, a pequeníssima diferença entre a idade da vítima e a arbitrariamente escolhida pelo legislador para validade do consentimento.

Em outras palavras, punir a relação por conta exclusivamente dos 36 dias

Acesso ao Sumário

que lhe restavam até completar 14 anos de idade - reitero, neste caso concreto -, é inútil em termos de proteção da dignidade ou liberdade sexual da vítima ou de seu desenvolvimento psicológico, além de desproporcionalmente gravosa ao condenado.

O meio social em que ambos estão inseridos, inclusive, não parece ter sido impactado pela idade da vítima, mas sim pelo fato de que tio e sobrinha mantiveram relacionamento amoroso secreto. Da prova testemunhal se pôde extrair, inclusive, expressa menção ao fato de que os outros familiares foram contra o registro da ocorrência junto à polícia porque entendiam ter havido relação consensual.

Nesse aspecto, não haveria nenhuma diferença no trato entre os "lados da família" se o namoro de G.S.S. e G.F.S. tivesse ocorrido em fevereiro de 2020, quando ela já teria completado 14 anos de idade e a relação seria penalmente atípica.

Lamentando pelo possível excesso de argumentação, no qual incorro apenas por tentar acautelar-me de não suscitar reação que faça uma leitura simplista dos fatos, como ocorreu em primeiro grau, ***data venia*** do entendimento do prolator do édito cuja reforma proponho, concluo meu voto propondo o provimento do recurso defensivo para absolver G.S.S. com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Assim faço porque considero o fato materialmente atípico, que se poderia enquadrar nas balizas elaboradas pela Suprema Corte para aplicação do postulado da insignificância: **a) mínima ofensividade da conduta do agente**, que praticou algumas relações sexuais mutuamente desejadas e consentidas com uma adolescente a 36 dias de completar 14 anos de idade; **b) ausência de periculosidade social da ação**, pois não há notícia de que G.S.S. tenha se aproximado de outras adolescentes, mas que foi através de uma "paquera" normal às idades dos envolvidos que travou relações amorosas com a vítima; **c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento**, pois namorou com G.F.S. de forma consentida e nunca a obrigou a nada, podendo ser percebida sua capacidade de compreender a situação em que estava inserida, havendo registro de que os membros de sua família (à exceção do pai) entendiam ter havido relação plenamente consentida e não criminosa; e **d) inexpressividade da lesão jurídica provocada**, porque a própria vítima sempre disse não ter passado por qualquer tipo de sofrimento ou constrangimento com o episódio, recusou tratamento psicológico e garantiu ainda ter carinho por G.S.S., o qual não deseja ver encarcerado "por uma decisão sua".

5. Diante do exposto, voto pela reforma da sentença para absolver G.S.S. com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501489-63.2019.8.26.0347, da Comarca de Matão, em que é apelante JORGE KATSUNI HIRALSUKA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, para readequação da pena, nos termos que constarão do V. Acórdão. V. U." Sustentou oralmente o Exmo. Advogado Dr. Marco Wadhy Rebehy e 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 5.827)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO SALE JÚNIOR (Presidente sem voto), CHRISTIANO JORGE e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 31 de janeiro de 2024

BUENO DE CAMARGO, Relator

Ementa: Apelação: crime contra a ordem tributária (artigo 1º, inc. II, cc artigo 12, inc. I, Lei 8.137/ 1990).
Apelação: Defesa.
Autoria e materialidade: provas bastantes para a condenação.
Sócio-administrador: fraude à fiscalização tributária.
Teoria do domínio do fato: dolo caracterizado.
Pena-base: mínimo legal.
Causa de aumento do art. 12, inc. I, Lei 8.137/1990: atipicidade. Débito inferior a 40 .000 UFESPs (art. 19, inc. II, Lei Complementar Paulista 1.320/2018).
Continuidade delitiva (art. 71, Cód. Penal): acréscimo de 1/2: Manutenção.
Suspensão condicional da pena: prejudicada, na falta de interesse do Acusado.
Regime aberto e medidas restritivas de direitos: manutenção.
Recurso provido em parte, para readequação da pena.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Jorge Katsumi Hiratsuka Junior da r. sentença, do MM Juiz *Ricardo Domingos Rinhel*, que julgou procedente a denúncia para condená-lo à pena de 4 anos de reclusão, em regime

Acesso ao Sumário

aberto e 19 dias-multa, como incurso no artigo 1º, inc. II, cc artigo 12, inc. I, da Lei 8.137/1990, por 621 vezes, em continuidade delitiva (fls 1188/1198).

Objeta, em síntese, sua absolvição por insuficiência de provas do dolo, porquanto sua condenação se lastreia em *"responsabilidade penal objetiva, vedada em sede de matéria penal"*. Subsidiariamente, requer o afastamento do artigo 12, inc. I, da Lei 8.137/1990 (fls 1216/1236).

Com a resposta de fls 1244/1253, a Douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu o parecer de fls 1262/1273, pelo não provimento.

Por fim, merece registro a objeção do Réu ao julgamento virtual (fls 1279/1280).

É o relatório.

Consta que, no período compreendido entre os meses de janeiro de 2015 e outubro de 2016, na rua Basílio Bambozzi, nº 100, Vila Cardim, na cidade e Comarca de Matão, o Apelante, na condição de sócio administrador da JF Matão Produtos Químicos EIRELI-EPP, por 621 vezes, de forma reiterada e continuada, suprimiu tributos, no valor total de R$ 333.431,04, mediante fraude à fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos e omitindo operação de qualquer natureza, em livro exigido pela lei fiscal, ocasionando grave dano à coletividade.

A materialidade é objeto do ofício DRT/15-G Rep nº 29 /2019 (fls 04/05); relatório circunstanciado da Secretaria da Fazenda (fls 06/07); cadastro de contribuintes de ICMS-Cadesp (fls 08/13); auto de infração e imposição de multa (fls 14/16); demonstrativo do débito fiscal (fls 17/20); relatório circunstanciado dos fatos (fls 21); demonstrativos de notas fiscais que acobertaram operações (fls 22/35); notas fiscais (fls 41/71); registros fiscais dos documentos de saídas de mercadorias (fls 72/157); manifestação fiscal com determinação de inscrição do débito (fls 170); consulta sistema Dívida Ativa (fls 171/172); comprovante de inscrição e situação cadastral da empresa (fls 173/ 174).

No tocante à autoria, como registrado na sentença:

> O réu **JORGE KATSUMI HIRATSUKA JUNIOR**, ouvido na fase inquisitiva (fl. 214), declarou: **"ACERCA DOS FATOS APURADOS, AFIRMA QUE JAMAIS LANÇOU INFORMAÇÕES INEXATAS COM A INTENÇÃO DE FRAUDAR QUALQUER LEGISLAÇÃO E FISCALIZAÇÃO; QUE, À ÉPOCA, ACUMULAVA A FUNÇÃO DE PRODUÇÃO E VENDAS, SENDO QUE O REFERENTE À PARTE DA EMISSÃO DE NOTAS E LANÇAMENTOS CONTÁBEIS FICAVAM A CARGO DO SETOR ADMINISTRATIVO, SENDO QUE OS FUNCIONÁRIOS QUE TRABALHAVAM NO REFERIDO SETOR SE INCUMBIAM DE ENVIAR AS DOCUMENTAÇÕES PARA O ESCRITÓRIO RESPONSÁVEL À ÉPOCA DOS FATOS, SENDO QUE ERA O ESCRITÓRIO QUE ESCRI-**

Acesso ao Sumário

TURAVA AS OPERAÇÕES; QUE, NÃO HOUVE QUALQUER INTENÇÃO DE LANÇAR INFORMAÇÕES INEXATAS COM O INTUITO DE FRAUDAR A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, MUITO MENOS DE PAGAR IMPOSTO A MENOR; QUE, À ÉPOCA DOS FATOS, O DECLARANTE AFIRMA QUE ESTAVA ACUMULANDO FUNÇÕES NOS SETORES DE FABRICAÇÃO, CARREGAMENTO E VENDAS EM RAZÃO DA FALTA DE FUNCIONÁRIOS; QUE, INCLUSIVE, AFIRMA QUE SEQUER CONSEGUIA PARTICIPAR DAS REUNIÕES QUE O ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE CONVOCAVA; QUE, O DECLARANTE ACREDITA QUE, SE HOUVE QUALQUER EQUÍVOCO NA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES AO ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE OU AO PRÓPRIO FISCO, FOI POR NEGLIGÊNCIA OU FALTA DE CONHECIMENTO, NÃO POR DOLO". Em Juízo, disse que jamais teve a intenção de fraudar ou omitir tributos. Quando iniciou tinham um faturamento. Contudo, as vendas explodiram. Trabalhava na produção. Havia pessoas na empresa que realizavam essa atividade. Enviou as notas para o contador, mas não sabe se ele inseriu ou não os dados no livro. É o administrador da empresa. Não viu que deu diferença no caixa no montante de R$ 333.431,04. O contador chegou a ligar para que comparecesse no seu escritório, mas não foi porque estava devendo. Em nenhum momento ele disse que estaria ocorrendo algo errado. Tem 40 anos. É técnico em química. Ganha de R$5.000,00 a R$ 8.000,00. É divorciado. Possui dois filhos. Paga R$ 6.800,00 de pensão. É primário. Nada tem contra as testemunhas.

A testemunha **CLODOALDO DA SILVA MELLO**, Contador, ouvida na fase inquisitiva (fl. 188), declarou: **"EXERCE SUAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS COMO ADVOGADO E TAMBÉM CONTADOR, SENDO QUE POSSUI UM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE DENOMINADO CONTEC CONTABILIDADE 1996 LTDA, SITO NO ENDEREÇO SUPRA MENCIONADO; QUE, FOI CONTADOR DA EMPRESA JF MATÃO PRODUTOS QUÍMICOS LTDA EPP DURANTE O PERÍODO DE 28/07/2015 A 02/05/2016, CONFORME CONTRATO E DISTRATO ORA ACOSTADOS; QUE, A RESCISÃO DO CONTRATO DE SE DEU, SOBRETUDO, PELAS INÚMERAS DIFICULDADES EM SE CONCRETIZAR A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, FACE À OMISSÃO POR PARTE DO RESPONSÁVEL DA EMPRESA, JORGE KATSUMI HIRATSUKA JR, NO QUE TANGE À APRESENTAÇÃO DE NOTAS E DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS PARA A ESCRITURAÇÃO FISCAL, CONTÁBIL E TRABALHISTA, ALÉM DO NÃO COM-**

Acesso ao Sumário

PARECIMENTO EM REUNIÇÕES, TENDO EM VISTA QUE O DECLARANTE OBSERVOU DIVERSAS QUESTÕES RELACIONADAS À PRÓPRIA SAÚDE DA EMPRESA QUE PRECISARIAM SER ESCLARECIDAS E RESOLVIDAS O QUANTO ANTES, A FIM DE NÃO PREJUDICAR AS OBRIGAÇÕES ADUZIDAS, BEM COMO CAUSAR UMA RESPONSABILIZAÇÃO DO DECLARANTE, ENQUANTO CONTADOR; QUE, TODAS AS RESPONSABILIDADES CIVIS E CRIMINAIS QUE, PORVENTURA, DECORRAM DA ESCRITURAÇÃO, PERMANECEM AINDA PELO PRAZO DE CINCO ANOS APÓS A EXECUÇÃO DE CADA SERVIÇO, SENDO QUE, PREOCUPADO COM A SITUAÇÃO, O DECLARANTE TENTOU, POR DIVERSAS VEZES, CONTACTAR JORGE, CONFORME SE DENOTA DOS EMAILS ACOSTADOS E, NÃO SENDO ATENDIDO, OPTOU POR RESCINDIR O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM A REFERIDA EMPRESA; QUE, ACERCA DOS FATOS APURADOS, O DECLARANTE ESCLARECE QUE O NÃO PAGAMENTO DE ICMS DEVEU-SE, SOBRETUDO, PELA OMISSÃO DE JORGE EM NÃO ENVIAR A DOCUMENTAÇÃO SOLICITADA PARA QUE FOSSEM FEITAS AS ESCRITURAÇÕES, MESMO DIANTE DE DIVERSAS TENTATIVAS E REITERAÇÕES POR PARTE DO DECLARANTE". Em Juízo ratificou a versão apresentada. O réu era administrador da empresa. Rescindiu o contrato porque o réu não fornecia documentos para a realização da escrituração. O que não foi escriturado foi porque o réu não forneceu as notas. O intimou por diversas vezes. A operação normal na época dos fatos era a seguinte: a empresa lançava a nota e encaminhava ao escritório. Atualmente o sistema mudou, sendo automático. O escritório orientava o cliente como deveria fazer. Observou que o réu lançou tributos federais a mais. Sempre o chamava. Rescindiu o contrato pela dificuldade e falta de interesse em atender suas orientações. No período em que prestou o serviço ao réu escrituraram diversas notas fiscais. O réu o contratou apenas para realizar a escrituração, ou seja, só lançaram as notas. Não tinham obrigação de fazer o planejamento tributário, pois não foram contratados para isso por desinteresse do réu. Quando iniciou o trabalho para o réu, a escrituração era desorganizada. Pelo que se lembra, quem fazia o preenchimento das notas eram funcionários. O réu ficou devendo mensalidade por conta dos serviços. Foi uma única vez na empresa do réu buscar documentação de alteração que ele estava fazendo na empresa. É comum erros de escrituração. Não identificou o que foi constatado pelo fiscal e não orientou o réu quanto às consequências.

A testemunha **ANTÔNIO CARLOS MACHADO**, Agente Fiscal

Acesso ao Sumário

de Rendas, ouvida na fase inquisitiva (fls. 212/213), declarou: **"REFERENTE AO AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA N° 4.105.749-1, RESPONDEU QUE: ATENDENDO DETERMINAÇÃO SUPERIOR, ATRAVÉS DE ORDEM DE SERVIÇO FISCAL (OSF) 15.0.01139/17-7 REALIZOU TRABALHOS DE VERIFICAÇÃO FISCAL JUNTO AO CONTRIBUINTE JF MATÃO PRODUTOS QUÍMICOS EIRELI EPP, CNPJ 06.296.283/0001-47 E IE 441.104.198.111. INICIALMENTE, O TRABALHO CONSISTIU EM ENTREGAR UM AVISO FISCAL DE AUTORREGULARIZAÇÃO, RELATANDO INCONSISTÊNCIAS ENCONTRADAS PELA SECRETARIA DA FAZENDA NA ESCRITA FISCAL DA EMPRESA E DANDO-LHE UM PRAZO DE 30 DIAS PARA QUE PUDESSE SANAR ESSAS DIVERGÊNCIAS DE FORMA ESPONTÂNEA. DECORRIDO O PRAZO ESTABELECIDO SEM QUAISQUER PROVIDÊNCIAS DE SANEAMENTO POR PARTE DO CONTRIBUINTE, INICIAMOS OS TRABALHOS FISCAIS REPRESSIVOS PROPRIAMENTE DITOS. EM DECORRÊNCIA DESTES TRABALHOS, FORAM ENCONTRADAS IRREGULARIDADES FISCAIS QUE RESULTARAM NA LAVRATURA DO AIIM 4.105.749-1, CONFORME SEGUE: ITEM 1: DEIXOU DE PAGAR O ICMS NO VALOR DE R$84.486,63 (OITENTA E QUATRO MIL QUATROCENTOS E OITENTA E SEIS REAIS E SESSENTA E TRÊS CENTAVOS), NO PERÍODO DE MAIO DE 2016 A OUTUBRO DE 2016, POR ESCRITURAR NO LIVRO DE REGISTROS DE SAÍDAS NOTAS FISCAIS DE SAIDAS DE OPERAÇÕES TRIBUTADAS, SEM O RESPECTIVO DÉBITO DO ICMS. ITEM 2: DEIXOU DE PAGAR O ICMS NO VALOR DE R$248.944,41 (DUZENTOS E QUARENTA E OITO MIL NOVECENTOS E QUARENTA E QUATRO REAIS E QUARENTA E UM CENTAVOS), POR NÃO ESCRITURAR NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDAS NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS DE OPERAÇÕES TRIBUTADAS, NO PERÍODO DE JANEIRO DE 2015 A AGOSTO DE 2016. ITEM 3: DEIXOU DE ESCRITURAR NO MÊS DE OUTUBRO DE 2016, NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS, NO VALOR DE R$36.000,00, EM OPERAÇÕES NÃO TRIBUTADAS. ITEM 4: DEIXOU DE ESCRITURAR, NO MÊS DE JULHO DE 2016, OS LIVROS FISCAIS: LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS, LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS E LIVRO REGISTRO DO IPI"**. Em Juízo verificou que a empresa vendeu o produto e emitiu a nota fiscal de forma correta. Contudo, no momento de escriturar no livro, notou que foi omitido. Confrontando o livro de saída e entrada, descobriu supressão de tributo.

Acesso ao Sumário

Não houve anotações de imposto e, em outros casos, sequer transcreveu as operações. Em outros casos, em que o imposto era isento, apenas aplicaram multas. Neste caso, a nota foi emitida corretamente. Contudo, quando deveria transcrever a nota no livro, assim não o fez. Não sabe de quem foi o erro. Não houve lançamento de alíquota menor para redução de imposto, mas sim lançamento de alíquota sem valor.

A testemunha da Defesa **ALBERTO DA SILVA MARTINS**, em Juízo, disse que na época o réu reclamou que precisava de alguém para ajudá-lo na empresa, posto que uma hora era um funcionário que fazia as notas e ora outros. Contudo, não pode auxiliá-lo. Trabalha na área contábil. O contador deve lançar a nota fiscal, na íntegra, no livro. Se há erro na nota este vai ser reproduzido no livro.

E, com fundamento nos fatos supra, concluiu que:

"(...). Segundo se apurou, o réu era sócio e administrador da JF Matão Produtos Químicos EIRELI-EPP à época dos fatos, assinando pela empresa e sendo responsável, com domínio do fato, pelo desenvolvimento da atividade empresarial. Nessa condição, no período entre os meses de janeiro de 2015 e agosto de 2016, ele omitiu, no Livro Registro de Saídas, as 561 notas fiscais eletrônicas especificadas no Demonstrativo 2 (fls. 24/34), deixando de escriturá-las e, assim, suprimindo ICMS no valor total de R$ 248.944,41, conforme informação de fls. 34. Ademais, no período entre os meses de maio e outubro de 2016, escriturou, no Livro Registro de Saídas, as 60 notas fiscais eletrônicas especificadas no Demonstrativo 1 (fls. 22/23), porém, sem débito de ICMS. Assim, deixou de pagar o imposto, no valor total de R$ 84.486,63 (fls. 23). Ao omitir as operações acima mencionadas (Demonstrativo 2 a fls. 24/34) e inserir elementos inexatos (ausência de débito de ICMS) nas notas fiscais especificadas no Demonstrativo 1 (fls. 22/23), o réu fraudou a fiscalização tributária e ocasionou grave dano à coletividade, no valor total de R$ 333.431,04, conforme AIIM nº 4.105.749 (fls. 14/172). O trânsito em julgado da decisão administrativa ocorreu em 27/02/2018 (fls. 171). O crédito tributário foi inscrito na dívida ativa e não há notícia de pagamento ou adesão a programa de parcelamento do crédito constituído (fls. 229/232). Assim agindo, o réu, na condição de sócio proprietário e administrador da empresa, detinha o domínio do fato e da atividade empresarial, sendo o responsável pelo recolhimento dos tributos e pelas informações prestadas ao Fisco. (...) Contudo, não prospera o argumento de que tudo era realizado no seu escritório de contabilidade, não tendo ingerência na apuração do tributo. (...) Ademais, o próprio contador, inclusive em Juízo, foi enfático no sentido de que o réu não remeteu corretamente as notas para apuração correta do tributo. Inclusive, Clodoaldo enfatizou que o réu deixou de atender

Acesso ao Sumário

diversos requerimentos feitos por ele para regularização de determinadas situações. Isso indica que o réu, de forma dolosa, deixou de remeter as notas ao contador para a devida escrituração e pagamento do tributo, bem como, quando enviou, o fez com elementos inexatos, justamente para não pagar tributo. Não é crível que o réu não tenha percebido a diferença de R$ 333.431,04 no caixa da empresa, salientando que a conduta perdurou por vários meses, evidenciando o dolo.

• Fls 548.

Isto delineado, o conjunto probatório, em especial, os documentos de fls 8/13, demonstram de modo inequívoco que a empresa JF MATÃO EIRELI era administrada exclusivamente pelo Apelante - constituído como representante legal da empresa, com amplos, gerais e ilimitados poderes, para o fim especial de geri-la e administrá-la - o qual, via de consequência, detinha o domínio do fato delituoso.

De fato, na qualidade de sócio administrador da empresa durante o período abrangido pela denúncia, tinha o domínio da atividade empresarial e, por conseguinte, o dever de observar a regularidade na emissão das notas fiscais, na escrituração nos livros correspondentes e no recolhimento dos impostos devidos, não lhe sendo lícito a mera delegação da responsabilidade a terceiros (funcionários), sequer identificados nos autos.

Destarte, mormente em razão do longo período em que se protraiu a sonegação (1/2015 a 10/2016), os elementos dos autos demonstraram, de modo inequívoco, que o Acusado, na condição de sócio-administrador permitiu a omissão de informações e falta de lançamentos no Livro de Registro de Saídas de notas fiscais com a finalidade de suprimir ICMS, o que basta para caracterizar o dolo de sua parte.

Nesse sentido:

> E não há se falar de ausência de dolo, porque o sujeito ativo de crimes cometidos no âmbito de uma pessoa jurídica é, em regra, o seu administrador: a pessoa que detém o poder de gerência, o comando.
>
> Nos crimes contra a ordem tributária aplica-se a " teoria do domínio do fato": é o autor do delito aquele que detém o domínio da conduta, ou seja, o domínio final da ação, aquele que decide se o fato delituoso vai acontecer ou não, independentemente dessa pessoa ter ou não realizado a conduta material de inserir elemento inexato em documento exigido pela lei fiscal, por exemplo (AREsp 1060170, Rel. Min. Nefi Cordeiro Publicado em 24.3.2017). No mesmo sentir: AREsp 884382 Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca Publicado em 1.6.2016; EDcl no HC 351718 Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro Publicação em 9.5.2016; HC 351718 Rel. Min. Ericson Maranho (Desembargador Convocado do TJ/SP) Publicado em 31.3.2016; AREsp 784489 Rel. Min. Sebastião Reis Júnior

Acesso ao Sumário

Data da Publicação 21.1.2015; AREsp 769276 Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz Publicação: 14.9.2015; RHC 061476 Relatora Ministra Laurita Vaz Publicação: 4.8.2015 e AREsp 604797 Rel. Min. Gurgel de Faria Publicação: 19.5.2015).

Demais disso, para a configuração do crime previsto no artigo 1º da Lei n° 8.137/90, não se exige a comprovação de dolo específico.

Nessa direção é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"[...] 3. Em crimes de sonegação fiscal e de apropriação indébita de contribuição previdenciária, este Superior Tribunal de Justiça pacificou a orientação no sentido de que sua comprovação prescinde de dolo específico sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, dos valores devidos (AgRg no AREsp 493.584/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 08/06/2016). 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1477691/DF - T6 - Sexta Turma - Rel. Min. Nefi Cordeiro - Dje 28.10.2016).

"[...] 2. Conforme entendimento consolidado, o tipo penal previsto no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990 prescinde de dolo específico, sendo suficiente a presença do dolo genérico, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos. [...] 4. Agravo regimental desprovido". (AgRg no AREsp 604.797/DF - T5 - Quinta Turma - Rel. Min. Gurgel de Faria - Dje 9.12.2015).

• **TJSP: Ap 1501940-16.2019.8.26.0274**, 11 ª Câm. Dir. Crim., rel. Des. Tetsuzo Namba, j. 21.2.2022 (www.tjsp.jus.br).

Isso delineado, não se trata, *d.m.v.*, da imputação de "responsabilidade objetiva", mas, ao contrário, como acima transcrito, da circunstância de que *nos crimes contra a ordem tributária aplica-se a "teoria do domínio do fato": é o autor do delito aquele que detém o domínio da conduta, ou seja, o domínio final da ação, aquele que decide se o fato delituoso vai acontecer ou não, independentemente dessa pessoa ter ou não realizado a conduta material de inserir elemento inexato em documento exigido pela lei fiscal, ou seja, que sua comprovação prescinde de dolo específico sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico consistente na omissão voluntária do recolhimento*.

E, malgrado os esforços da Douta Defesa, pesa a desfavor do Apelante, malgrado o gestor administrativo da empresa, o fato de manter "uma péssima e desorganizada administração contábil", embaçando, inclusive, os trabalhos do escritório de contabilidade, denotando que "não ligava muito para [a] empresa".

Certo, ademais, que alertado pelo Contador de que "não encaminhava a documentação, não comparecia no escritório, não respondia e-mail, não aten-

Acesso ao Sumário

di[a] mais ligação".

Ademais, a opção do Acusado em manter uma escrituração fiscal deficiente, bem se nota do depoimento da testemunha de defesa Alberto, a qual "confirmou que o apelante chegou a reclamar com o mesmo da dificuldade de funcionários para administrar as questões contábeis, [e] inclusive chegou a convidá-lo em algumas ocasiões para dar treinamento à seus funcionários, o que acabou não acontecendo por falta de tempo da testemunha", ou seja, apesar dos pesares quanto ao serviço, assim continuou sem que qualquer providencia, de fato, fosse tomada por ele, gestor administrativo.

Bem decretada, portanto, a condenação.

Isso posto, a pena-base foi fixada no mínimo legal, de 2 anos de reclusão, e 10 dias-multa.

Sem circunstâncias agravantes ou atenuantes, na terceira fase, presente a causa de aumento prevista do artigo 12, inc. I, da Lei nº 8.137/90 (crimes que ocasionaram grave dano à coletividade), foi acrescida em 1/3, resultando em 2 anos e 8 meses de reclusão, e 13 dias- multa.

Todavia, com todo o respeito, não se justifica o aumento supra.

Com efeito, no Estado de São Paulo, o "grave dano à coletividade" equivale ao *'Grande devedor' considerado como tal aquele que possui débitos de ICMS inscritos em dívida ativa e que correspondam a mais de 40.000 UFESPs, na redação do art. 19, II, da Lei Complementar Estadual nº 1.320/18.*

• **TJSP: Ap 0065296-67.2010.8.26.0050**, 4 ª Câm. Dir. Crim., rel. Des. Camilo Léllis, j. 16.3.2022, *apud* Ap 0757620-03.2007.8.26.0577, 9 ª Câm. Dir. Crim., rel. Des. César Augusto Andrade de Castro, j. 30.11.2022 (www.tjsp.jus.br).

Fixada essa diretriz e considerada a cessação da continuidade delitiva em "outubro de 2016", quando o valor da UFESP correspondia a R$ 23,55,[1] o débito teria que ser superior a R$ 942.000,00 (R$ 23,55 x 40.000), bem superior, portanto, ao destes autos, no equivalente a R$ 333.431,04.

No mais, em razão da continuidade delitiva, nos termos do art. 71, do Código Penal, considerando a prática de "621 delitos", a pena foi acrescida, com moderação, de 1/2, considerando a orientação que prevalece nas Cortes Superiores, em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade:

> Quanto ao crime continuado **simples**, é pacífica a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que o **quantum** de exasperação da pena deve ser proporcional ao número de infrações cometidas (RHC nº 107.381/DF, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJe de 14/6/11; HC nº 99.245/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 21/9/ 11).
>
> Como consignado no julgamento da AP nº 470/DF-EDj-décimos sétimos, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 10/10/13, o crité-

Acesso ao Sumário

1 1. Comunicado DA 98/15, de 17.12.2015 (https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/ Paginas/ValoresDaUFESP.aspx).

rio de majoração da pena no crime continuado simples

"foi estabelecido, de maneira cristalina, em voto longamente fundamentado do Ministro Celso de Mello (fls. 58.548/58.550; 58.667) e **acolhido pela maioria do Plenário, no julgamento do mérito desta ação penal.**

Assim se pronunciou o Ministro Celso de Mello, no voto acompanhado pela maioria:

'O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Proponho, Senhor Presidente, consideradas as divergências registradas a propósito do art. 71 do CP, que dispõe sobre a regra pertinente ao crime continuado, a adoção, por esta Corte, de critério objetivo que tem sido utilizado pelos Tribunais em geral, além de legitimado por autores eminentes. Esse critério objetivo, que se ajusta ao próprio espírito da regra legal em questão e que se mostra compatível com a finalidade benigna subjacente ao instituto do delito continuado, que representa abrandamento do rigor decorrente da cláusula do cúmulo material, apoia-se na relação entre o número de infrações delituosas e as correspondentes frações de acréscimo penal, como abaixo indicado:

NÚMERO DE INFRAÇÕES/FRAÇÃO DE ACRÉSCIMO

02: um sexto (1/6)
03: um quinto (1/5)
04: um quarto (1/4)
05: um terço (1/3)
06: metade (1/2)
Mais de 06: dois terços (2 /3)
(…)'

Como se pode perceber, a causa de aumento consubstanciada na **continuidade delitiva** é balizada pela quantidade de crimes praticados, segundo o entendimento pacífico da doutrina."

• **STF: HC 131.871**, 2 ª Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. 31.5.2016 (www.stf.jus.br).

3. É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. Na espécie, observando o universo de 2 (duas) infrações cometidas pelo réu, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 1/6 (um sexto).

Acesso ao Sumário

• **STJ: HC 265.385**, 6ª Turma, rel. Min. Assis Moura, j. 8.4.2014 (sem grifos no original: www.stj.jus.br).

Diante disso, a pena estabiliza em 3 anos de reclusão, e 15 dias-multa, "no valor unitário", não questionado no recurso, "de 50% do salário-mínimo, considerando a informação de rendimento prestada pelo réu em seu interrogatório" (fls 1197).

Por fim, prejudicada a "suspensão condicional da pena" (art. 77, Cód. Penal),[2] fica mantido o regime aberto, bem como a substituição da pena de reclusão pelas medidas restritivas de direitos, correspondentes a "1) prestação pecuniária [...] no valor de 05 salários-mínimos (artigo 45, § 1º, do Código Penal); e 2) prestação de serviço à comunidade [...] (artigo 46, 'caput', do Código Penal)" (em negritos no original: fls 1197).

• **TJSP: Ap 1500440-82.2020.8.26.0595**, 15 ª Câm. Dir. Crim., rel. Des. Gilda Alves Barbosa Diodatti, j. 20.10.2021 (www.tjsp.jus.br).

Do exposto, pelo meu voto, dou **provimento parcial ao recurso**, para readequação da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500225-49.2023.8.26.0580, da Comarca de Assis, em que é apelante WELLINGTON CHIOCA CAIARES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a matéria preliminar, negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o advogado, dr. Sérgio Afonso Mendes, e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, dr. Ruy Cid Martins Vianna.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.514)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LUIZ FERNANDO VAGGIONE e LAERTE MARRONE.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2024.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Preliminar. Inocorrência de violação ao domicílio. Crime permanente que autoriza o ingresso no imóvel, em razão do flagrante delito. Precedentes do

Acesso ao Sumário

2 Nesse sentido, por todos: [...] *não se mostra razoável aqui enfrentá-la, porquanto ausente pedido defensório, dessumindo-se desinteresse porquanto "(...) o sursis é facultativo, vale dizer, o condenado não é obrigado a aceitá-lo (...)" (Nucci, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, RT, 13 ª ed., 2013, p. 533)*

col. STF. Tema 280.
Tráfico de entorpecentes. Provadas materialidade e autoria. Dosimetria incensurável. Grandes quantidades de cocaína.
Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta pelo réu contra a respeitável sentença de fls. 220/234 que o condenou à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a começar no regime fechado, bem como ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por ter sido dado como incurso no delito previsto no artigo 33 *caput* da Lei n. 11.343/06. O sentenciado está preso, sendo indeferido o direito de recorrer em liberdade (fl. 232).

Não resignado, o apelante, preliminarmente, requer a nulidade da prova, ante a suposta ilicitude por invasão de domicílio. No mérito, pugna pela absolvição, sob a alegação de insuficiência probatória e aplicação do princípio *in dubio pro reo* (fls. 261/272).

Nos autos, além das contrarrazões recursais, temos ainda o relevante parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, que opina pelo afastamento da preliminar e desprovimento do recurso (fls. 275/281 e 292/295).

É o relatório.

VOTO 56.514

Consta da denúncia que, no dia 7 de maio de 2023, por volta das 02h20min, na Rua Natal Travaglia, n° 282, Jardim Eldorado, na cidade e Comarca de Assis, o apelante guardava e tinha em depósito 2,380 kg (dois quilogramas e trezentos e oitenta gramas) de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 118/120).

-1-

Não assiste razão à defesa, quando agitou pretensa ilegalidade da busca domiciliar. Acha-se pacificada na jurisprudência a orientação sobre a possibilidade de busca domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente e se conferidas razões fundadas para tanto, devidamente justificadas, mesmo *a posteriori*, e que indiquem que dentro da casa transcorria situação de flagrante delito. A esse respeito, transcrevo o Tema 280 de Repercussão Geral, firmado pelo Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

> *"A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados"* (RE 603616, com fixação de Repercussão Geral, Ministro Gilmar

Acesso ao Sumário

Mendes, DJe 10/05/2016).

Nesse mesmo teor as recentes decisões proferidas pelo Ministro Alexandre de Moraes no RE 1462592 AgR, publicada em 7/12/2023, e pelo Ministro Gilmar Mendes no Ag. Reg. no RHC 229514, publicada em 23/10/2023.

Importante destacar que, aqui, fazemos o controle póstero de uma realidade então presente, que obrigava aos policiais a realizarem o seu mister, de sorte que não se pode meramente simplificar a relevante contraposição de dois complexos axiológicos relevantes: de um lado, o direito que a população ordeira tem de viver o recesso domiciliar em paz e, de outro, a contenção do crime, tarefa institucional de primeira grandeza atribuída ao Estado-administração.

Temos adotado o critério do estudo caso a caso para conferir de perto este embate teleológico.

Então, repetindo mesma cautela neste processo, sempre com o devido respeito, porque o crime de tráfico é permanente, importante relembrar que a Constituição excepciona a preservação do domicílio e autoriza o ingresso da força pública de segurança na residência ou domicílio quando for hipótese de contenção do crime e desempenho das tarefas atinentes à segurança pública, especialmente para fazer cessar a disseminação das gravíssimas consequências que o comércio de substâncias entorpecentes provoca no seio da sociedade ordeira.

E não bastasse, no presente caso, a busca domiciliar pelos agentes ocorreu com base em elementos concretos indicativos da ocorrência de flagrante delito no interior da residência do sentenciado.

Conforme relatado pelos policiais militares, ao realizarem patrulhamento pelo local para apuração de chamado de perturbação do sossego, avistaram uma motocicleta em atitude suspeita, pois estava sem as placas de identificação. Deram voz de parada, mas o motorista se evadiu. Disseram que em frente ao estabelecimento comercial do réu havia grande concentração de pessoas e que, no momento em que passavam pelo local, foram lançados uma bicicleta, pedras e garrafa em direção à viatura, sendo que uma das garrafas atingiu a cabeça do policial Alan que acabou ficando ferido. Em razão disso, a motocicleta conseguiu fugir e o acusado fechou as portas do estabelecimento. Com a chegada do reforço, foram ao comércio do réu, ocasião na qual este franqueou a entrada dos agentes (conforme depoimentos disponibilizados a fls. 213/214, vídeo 1 aos 4'23'' e aos 13'16'', bem como vídeo 4 aos 10'42''), nada tendo sido encontrado no local.

Acesso ao Sumário

Entretanto, na residência vizinha, avistaram por uma fresta de um portão uma motocicleta que parecia ser a mesma que teria empreendido fuga momentos antes, pois *tinha as mesmas características, era cinza, estava com a traseira desmontada e sem as placas* (fls. 213/214, vídeo 1, aos 5'28''). Em razão disso, adentraram a garagem e visualizaram, por uma porta de vidro, a existência

de porções dentro da casa, as quais aparentavam ser substância entorpecente (consoante depoimentos gravados e disponibilizados a fls. 213/214, vídeo 1 aos 6'00'' e vídeo 4 aos 3'45''). E, ao ingressarem na moradia, encontraram, além dessas porções, dois tabletes de cocaína e outros invólucros contendo estupefacientes no quarto do réu. Os policiais mencionaram, ainda, que a residência poderia ser acessada não apenas pelo portão que estava entreaberto, mas também por um "tapume" existente entre os dois imóveis (vide fls. 213/214, vídeo 4 aos 5'13'').

Portanto, inegável a existência de fundada suspeita da prática de delitos no interior da residência, a justificar o ingresso dos policiais.

A propósito, a tese foi exaustivamente enfrentada, tendo sido afastada a alegação de ilegalidade da prova pelas decisões proferidas pelo MM. Juiz *a quo* às fls. 52/57, 203/204 e 222/223. E o egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Habeas Corpus n. 826399 SP, expressamente refutou a ocorrência de violação de domicílio no caso vertente, conforme segue:

> "(...) *Verifica-se a configuração de justa causa para o ingresso em domicílio, pois havia elementos concretos indicativos da ocorrência de flagrante delito em seu interior, visualizáveis antes da entrada dos condutores da prisão.*
> *Nesse sentido, anotou-se que, tanto duas motocicletas com identificação irregular, semelhantes à que estava sendo perseguida pela polícia, quanto parte do material entorpecente podiam ser avistadas do exterior do imóvel. Ademais, havia denúncias anônimas especificadas no sentido de que o local seria ponto de venda de entorpecentes.*
> *Assim, não há ilegalidade flagrante a corrigir pela via do writ. Não sendo visualizada ilegalidade patente no procedimento de apreensão da materialidade delitiva, não há que falar em trancamento da ação penal ou em relaxamento da custódia cautelar, cuja fundamentação não foi impugnada neste mandamus* (...)" (HC n. 826399 SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, decisão monocrática proferida em 27/6/2023, grifos nossos).

Daí, porque, assim estou convencido, é hipótese de rechaçar a alegação de nulidade.

Passo, então, à análise do mérito.

-2-

A Defesa alega não estar demonstrada a vinculação do sentenciado ao entorpecente encontrado na residência.

A apreensão da grande quantidade de substância proscrita restou incontroversa (2.322,90g de cocaína divididos em duas grandes porções, além de 818 invólucros, vide auto de exibição e apreensão de fls. 14/15 e laudos de constatação e de exame químico toxicológico de fls. 21/22 e 100/101).

Demonstrada também a destinação do entorpecente ao nefasto comércio,

Acesso ao Sumário

pela grande quantidade de substância proscrita apreendida, parte dela embalada em 818 porções individualizadas, prontas para comercialização no mercado espúrio, além da indicação de que o estabelecimento comercial do sentenciado era ponto de tráfico.

E, conquanto o sentenciado tenha afirmado em Juízo que o entorpecente não lhe pertencia, tentando fazer crer que o imóvel onde foi encontrado estaria desocupado e seria acessado por várias pessoas para a utilização do banheiro, tal versão não foi confirmada pelas demais provas produzidas nos autos, tendo sido contrariada inclusive pelo relato apresentado pelo réu na Delegacia na presença de seu advogado.

Ao ser ouvido na fase extrajudicial, o acusado admitiu ser proprietário da casa ao lado da adega, informando que o guarda-roupa onde parte do entorpecente foi apreendido ficava em seu quarto. Afirmou, ainda, "(...) *que apenas o Interrogando e seu funcionário da Adega tem acesso à residência, não sendo comum o trânsito de pessoas desconhecidas no interior do local* (...)" (*verbis*, fl. 7).

Além disso, as versões trazidas pelo sentenciado e sua esposa também foram contraditórias. Ambos alegaram que o imóvel estaria fechado para reformas. Contudo, enquanto o acusado afirmou que a reforma ainda iria começar (fl. 217, vídeo 1, aos 3'20''), a esposa disse que a casa já estava em reforma e que os pedreiros tinham acesso ao local (fl. 217, vídeo 3 aos 1'51'', 4'11'' e 5'42''). E, enquanto o sentenciado afirmou ter sido encaminhado à casa onde foi mostrado o entorpecente e ele foi preso (fl. 217, vídeo 1 aos 4'10''), a esposa disse que as substâncias proscritas teriam sido levadas à adega, onde o réu teria sido detido (fl. 217, vídeo 3 aos 2'25'').

Ora, conforme destacado na respeitável sentença, seria fácil à Defesa comprovar a alegação de que ambos teriam alugado outro imóvel onde supostamente residiriam. No entanto, nenhum documento foi apresentado e nenhuma testemunha foi arrolada (conforme fl. 229).

Nem se olvide o relato apresentado pelos agentes policiais, segundo os quais o acusado, durante o cumprimento da diligência, confirmou ser proprietário do imóvel, tendo ainda silenciado no momento em que questionaram a quem pertenceria o entorpecente (fls. 213/214, vídeo 4 aos 4'46''). E apesar de afirmarem que as delações não indicavam especificamente o nome do acusado, disseram que o estabelecimento comercial dele era conhecido como ponto de tráfico.

Portanto, a negativa do acusado não convence, restando demonstrado que a grande quantidade de entorpecente localizada no imóvel de sua propriedade lhe pertencia e se destinava ao nefasto comércio.

-3-

Por sua vez, as reprimendas remanesceram incontroversas e não merecem qualquer reparo. A base foi fixada 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal diante

Acesso ao Sumário

da quantidade e natureza do entorpecente apreendido, nos termos do disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/06. A respeito, o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça: AgRg no HC 855837 SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/10/2023.

Na segunda fase, fica mantido o acréscimo em mais 1/6 (um sexto) pela comprovada reincidência (processo n. 1500858-05.2019.8.26.0482, certidão de fl. 190).

E, na derradeira etapa, também correto o afastamento da minorante em virtude da reincidência.

No mais, era mesmo de rigor o estabelecimento do regime fechado por conta da grande quantidade de entorpecente apreendido e da reincidência do sentenciado. A propósito, a egrégia Corte Superior já pontuou ser cabível o regime mais gravoso em situação análoga à dos autos: AgRg no REsp 2056299 SP, Ministro Ribeiro Dantas, DJe 30/08/2023.

Nem se há falar em detração, pois o período em que o sentenciado permaneceu preso (4 meses e 4 dias) é insuficiente para tal finalidade (vide fls. 1/2, 52/57 e 220/234).

Por derradeiro, pese o resultado do julgamento em plenário, do Colendo Supremo Tribunal Federal, finalizado em 7/11/2019, das Ações de Declaração de Constitucionalidade ns. 43, 44 e 54, relator o Ministro Marco Aurélio, que mandou aplicar a literalidade dos artigos 5º, LVII da Constituição Federal e 283 do Código de Processo Penal, neste caso, porém, o réu está preso preventivamente desde o primeiro grau, de sorte que, agora condenado e sem alteração no *status quo*, de se manter a prisão cautelar do sentenciado pelos mesmos fundamentos. Respeitosamente, ainda persiste a orientação no sentido de que não existiria lógica em deferir ao condenado na condição do réu, o direito de recorrer solto quando permaneceu segregado durante a persecução criminal, se persistentes os motivos para a preventiva (AgRg no HC 814455 AL, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 2/6/2023). E, no caso dos autos, bem se vê que há necessidade de manutenção da segregação para garantia da ordem pública, sobretudo em consideração à grande quantidade de cocaína apreendida (2322,90g), sem contar a reincidência do réu.

Em meu voto se rejeita a matéria preliminar para, por fim, desprover o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 1501553-86.2022.8.26.0535, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante JOÃO KELLVONY ALVES DE ARAUJO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO

Acesso ao Sumário

DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastaram as preliminares e negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Exmo. Advogado dr. Ivo Lourenco da Silva Junior; fez uso da palavra o Exmo. Procurador de Justiça, dr. Francisco Cembranelli.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.124)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO SALE JÚNIOR (Presidente), GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI e CHRISTIANO JORGE.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2024.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

APELAÇÃO CRIMINAL - Homicídio duplamente qualificado consumado - Preliminares afastadas - Nulidades não reconhecida - Veredito que não se mostrou dissociado do contexto probatório - Respeito à soberania constitucional do júri - Penas e regime inicial fixados com critério - Recurso não provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 567/575, que, ao submeter **JOÃO KELLVONY ALVES DE ARAÚJO** a julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Guarulhos, o condenou como incurso no artigo 121, § 2º, incisos III e IV, do Código Penal, ao cumprimento de 21 (vinte e um) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, no regime inicial fechado.

Pretende a defesa, com o presente recurso, a reforma da r. sentença de primeiro grau, alegando, preliminarmente, a nulidade do feito, tem em vista que o órgão ministerial ter exibido vídeos aos jurados durante os debates orais em plenário, bem como por ter manuseado a arma de fogo apreendida sem luvas. No mérito, pugna para que o recorrente seja submetido a novo julgamento pelo tribunal do júri, uma vez que a decisão do conselho de sentença foi manifestamente contrária à prova dos autos. Subsidiariamente, postula a diminuição da pena (fls. 587/604).

Regularmente processado o recurso interposto, foram oferecidas contrarrazões às fls. 616/630, vindo os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo não provimento da insurgência defensiva (fls. 644/662).

É o relatório.

O recurso interposto não merece provimento.

Inicialmente, afasto as preliminares arguidas pela defesa.

Acesso ao Sumário

Isso porque, malgrado o entendimento esposado pelo apelante em suas razões recursais, não se observa qualquer nulidade no feito, uma vez que as mídias mostradas aos jurados na sessão plenária, exibida pelo representante do Ministério Público, consistem em arquivos que já haviam sido previamente acostados aos autos, especificamente aqueles referentes às audiências realizadas e às imagens das câmeras corporais dos policiais militares, tudo de ciência prévia da defesa e anexado aos autos às fls. 243, 245, 246 e 421.

Nada de novo, portanto, foi exibido ao Júri, carecendo de qualquer substrato a exigência adicional da defesa no sentido de que as imagens fossem mostradas no telão do Plenário e não no próprio celular do promotor oficiante.

Tal questão, inclusive, foi devidamente enfrentada pelo MM. Juiz *a quo*, que registrou na Ata de Julgamento que pouco importava o dispositivo em que as imagens fossem exibidas, contando que se revelassem fidedignas e tenham sido anexadas previamente ao processo, o que efetivamente foi observado (fls. 561).

Considerando, portanto, que não houve exibição de qualquer prova nova, mas sim de mídias previamente juntadas aos autos e as quais à defesa teve pleno acesso, não se vislumbra qualquer nulidade.

Melhor sorte não socorre à defesa quanto à alegação de nulidade em razão do manuseio, por parte do combativo promotor de justiça oficiante, da arma de fogo utilizada no crime, visto que tal instrumento já havia sido periciado nos autos, tratando-se, portanto, prova irrepetível (fls. 166/183 e fls. 186/187).

Como bem salientado pelo nobre *parquet*, *"evidente que não há que se falar em nulidade alguma pelo fato deste Promotor de Justiça ter manuseado a pistola sem luvas, até porque os exames periciais na arma apreendida foram sim feitos regularmente e, se não constou do laudo de fls. 491/492 a informação de impressões digitais no artefato, por óbvio elas não foram detectadas, até porque, caso fosse o contrário, tal informação constaria expressamente no sobredito documento"* (fl. 621).]

Em verdade, observa-se que a questão se encontra coberta pelo manto da preclusão, visto a defesa não solicitou perícia complementar à arma apreendida no momento processual oportuno, qual seja, durante o plenário, conforme preconiza o artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, não havendo como discutir, a essa altura, matéria não ventilada na oportunidade legalmente estabelecida para tanto.

Nesse sentido, assim já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CASO DOROTHY STANG. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 118 DA LOMAN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. NULIDADE SUPOSTAMENTE OCORRIDA EM PLENÁRIO DE JÚRI. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. PRE-

Acesso ao Sumário

CLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. FINALIDADE INTRÍNSECA DO ATO ATINGIDA. OFENSA AO ART. 30 DO CP. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE E MOTIVOS DO CRIME. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. DISCRICIONARIEDADE REGRADA. ANTECEDENTES, CONSEQUÊNCIAS, CIRCUNSTÂNCIAS E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. AGRAVOS DESPROVIDOS. [...] II - ***Consoante preceitua o art. 571, inciso VIII, do CPP, as nulidades ocorridas em plenário do Tribunal do Júri devem ser arguidas no momento próprio, ou seja, logo depois de ocorrerem, e registradas na ata da sessão de julgamento, sob pena de preclusão (precedentes).*** *III - Na hipótese vertente, a despeito da fundamentação exarada no v. acórdão reprochado, verifico que não houve insurgência defensiva a contento (fl. 6321), no sentido de consignar em que consistiria a nulidade da quesitação, limitando-se a defesa a postular tão somente que o quesito fosse redigido de outra forma. [...] Agravos regimentais desprovidos"* (AgRg no REsp 1.405.233/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27.06.2017, DJe 01/08/2017, grifos nossos).

Rechaçadas as preliminares, passa-se à análise do mérito recursal

O apelante foi condenado como incurso no artigo 121, § 2º, incisos III e IV, do Código Penal, pois, nas circunstâncias narradas na denúncia, no dia 19 de junho de 2022, por volta das 02h55min, na Avenida Salgado Filho, altura do numeral 1710, Centro, cidade e comarca de Guarulhos, agindo com manifesto ânimo homicida, mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima Joziel Pereira da Silva, causando-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame necroscópico, que foram a causa efetiva e determinante de sua morte.

Consoante apurado, nas circunstâncias de tempo e local supramencionadas, o recorrente e a vítima estavam em estabelecimento comercial denominado "Praia 33", porém não mantiveram qualquer contato.

Ocorre que, instantes depois, o ofendido, ao deixar o local acompanhado de sua amásia, deparou-se com o insurgente, que passou a desferir disparos de arma de fogo em sua direção, levando-o à morte.

O crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, atingida de inopino, sem que pudesse esboçar reação ao ataque perpetrado.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença deliberou pela condenação do apelante, nos exatos termos da denúncia.

Ora, é de curial sabença que o Tribunal do Júri detém a competência constitucional para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tendo a Magna Carta consagrado o princípio da soberania de seus veredictos, nos termos

Acesso ao Sumário

do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c" da Constituição Federal, cabendo aos órgãos jurisdicionais preservar a referida instituição.

Assim, como decorrência da atribuição constitucional, tem-se que a análise da prova compete exclusivamente ao Tribunal Popular, não cabendo, portanto, a esta Corte, uma incursão na valoração dos elementos amealhados, ficando, assim, seu campo de atuação restrito à verificação se a decisão dos jurados é arbitrária ou destituída de qualquer fundamento na prova produzida nos autos, nos termos do artigo 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal, o que não ocorreu no caso em comento.

Observa-se dos autos que a materialidade delitiva restou devidamente comprovada nos autos pelo boletim de ocorrência de fls. 09/10, auto de exibição e apreensão de fls. 15, laudo necroscópico de fls. 222/225, bem como pela prova oral colhida.

A autoria também restou induvidosa.

O recorrente negou a prática delitiva, alegando não ter sido o autor dos disparos.

Todavia, a versão exculpatória apresentada pelo réu restou completamente isolada diante do restante do conjunto probatório carreado aos autos.

A testemunha Elivania Marcílio de Oliveira, companheira da vítima, declarou que, no dia dos fatos, chegou no bar "Praia 33" com o ofendido, por volta das 00h40, para comemorarem a promoção que o seu companheiro havia recebido na empresa. Estavam sentados, quando ela visualizou que, em uma mesa, na mesma direção, havia um casal com duas crianças, sendo um bebê de colo e um menino maior; destacou que não aconteceu nada de anormal, não houve nenhuma discussão; em dado momento, a depoente notou a presença apenas da companheira do réu e das crianças, não tendo mais visto o apelante no local. Não conhecia essa família. Ao irem embora, saiu de mãos dadas com o ofendido, ao que visualizou o insurgente do lado de fora, parado ao lado de um carro, oportunidade em que o reconheceu como o pai da família que vira dentro do bar. Ato contínuo, passaram por ele sendo que, quando viraram, sem que o réu falasse nada, este passou a atirar. A depoente conseguiu correr e entrar embaixo do carro, porém seu esposo não. Foram muitos os disparos e, inclusive, ela imaginou que pudesse ser um atentado, por isso temeu que o recorrente fosse atrás dela para continuar atirando. Visualizou claramente o momento em que o réu puxou a arma, pois o fez na sua frente. Relatou, ainda, que o apelante saiu do estabelecimento antes que ela e a vítima deixassem o local. No instante em que ela passou de mãos dadas com a vítima, não visualizou nenhuma arma com o acusado, tampouco notou algo suspeito; apenas o viu puxar a arma quando o casal se aproximou do réu. Após os disparos, ouviu alguns passos e uma voz falando alto, mas não conseguiu entender as palavras que eram ditas. Acreditava, porém, que era o atirador falando. Em seguida, quando ela se sentou na compa-

Acesso ao Sumário

nhia de uma atendente do bar, a companheira do réu veio em sua direção e se ajoelhou, dizendo "me perdoe pelo que meu marido fez ao seu marido", tendo esta questionado se o companheiro da depoente estava vivo. Por fim, esclareceu que foram surpreendidos com o ocorrido, pois não conheciam o insurgente, não tendo havido qualquer tipo de discussão anterior, sendo que seu esposo estava feliz e havia sido acabado de ser promovido. Às perguntas da Defesa, reiterou que estava de mãos dadas com seu esposo, quando passaram pelo réu, sendo que a vítima que estava ao lado dele; ao passarem e virarem, o acusado puxou uma arma; ela conseguiu correr, mas o ofendido ficou entre os carros. Foram muitos os disparos; era uma arma diferente, meio prata, mas não soube fornecer especificações. Acrescentou ao Juízo que, no dia seguinte, recebeu um vídeo de seu irmão, contendo imagens do bar, no qual aparece o ambiente interno do estabelecimento, onde estava a depoente e o seu companheiro. Analisando as imagens, notou que a família do recorrente apareceu no vídeo sentada à mesa, não sabendo dizer se a filmagem pode ter desagradado o réu. Ficou traumatizada, ainda ouve os disparos e está sendo submetida a tratamento psicológico por conta do ocorrido.

A policial militar Regiane Aparecida dos Santos, declarou que, na data indicada na denúncia, recebeu um chamado para atender ocorrência versando sobre disparos de arma de fogo, cujo suspeito estaria em um veículo de cor vermelha ou vinho, modelo Ônix; ficaram aguardando na divisa de áreas a passagem do referido carro, porém, nesse ínterim, receberam nova informação, noticiando que o indivíduo estava no local dos fatos. Ao chegarem no endereço indicado, avistaram um indivíduo com as características fornecidas na denúncia saindo do carro e se dirigindo ao bar, oportunidade em que conseguiram abordá-lo, após certa resistência. Notaram que o sujeito estava embriagado. Uma testemunha se apresentou como policial (José Antônio) e apontou o réu como autor dos disparos, indicando um local mais à frente, querendo alertá-la de algo. Seu colega de farda permaneceu com o insurgente, enquanto ela foi revistar o veículo; nesse momento, avistou o corpo da vítima em evidente óbito. Foram adotadas as medidas de praxe. A arma não foi encontrada no veículo. A área foi isolada, sendo que diligenciou para encontrar testemunhas, tomando conhecimento de que a esposa da vítima estava presente; não acompanhou a diligência que logrou localizar a arma utilizada no crime. A esposa do réu estava com um bebê e um outro filho e não soube dar maiores informações, sendo todos encaminhados à Delegacia de Polícia; conduziu estes últimos e efetuou a prisão do réu; ao chegarem na delegacia, indagando o que havia ocorrido, o acusado apresentou falas desconexas, em razão do consumo de álcool, e disse que a vítima havia "mexido com a esposa dele e sua filha" e, ainda, questionou se a depoente não faria o mesmo se mexessem com a sua família, salientando, também, que o ofendido a "mexeu com a sua menina", não sabendo dizer de que forma. A

Acesso ao Sumário

esposa do réu negou que a vítima tivesse "mexido" com ela e não soube explicar o que ocorreu. Às perguntas do Ministério Público, confirmou que, segundo as palavras da companheira do acusado, o ofendido não teve qualquer contato com ela ou sua filha.

O policial militar Lucas Ceballos Pulia, disse que o réu, ao ser questionado sobre a motivação do crime, apresentou várias versões, mas acabou dizendo que a vítima havia mexido com sua filha de poucos meses. Contudo, ao questionar a esposa do apelante, esta afirmou que não presenciou ninguém mexendo com sua filha, em momento algum. O recorrente estava consciente, inclusive, ao ser questionado sobre o armamento, teria respondido: "*não sou trouxa, não vou ficar com a arma aqui*", salientando, em seguida, que a dispensou, vindo o artefato a ser encontrado posteriormente dentro de um vaso, descarregado e travado. Tratava-se de uma arma prateada ponto 40.

Já a testemunha José Antônio Rodrigues da Silva declarou que é policial da reserva e esteve no bar "Praia 33", na data dos fatos, tendo chegado ao local por volta das 02h00 ou 02h30. Não presenciou qualquer discussão no interior do estabelecimento, nem viu as partes no bar. Em certo momento, ouviu uma sequência de disparos e uma correria de pessoas para a parte externa; viu pessoas próximas à parte traseira de seu carro (Ecosport cor prata), um senhor caído ao solo e, ainda, visualizou outro indivíduo saindo da parte da frente de seu carro, esbravejando "agora eu quero ver ele mexer mais com a minha filha". O recorrente saiu do referido automóvel e foi em direção à porta do estabelecimento, momento em que o depoente o apontou como provável autor dos disparos pela atitude suspeita que ele apresentou. Entre os carros, havia um estacionamento com um vaso de plantas, onde a arma foi encontrada.

A declarante Mayara Ferreira da Silva, companheira do réu, alterou parcialmente a versão apresentada em fases anteriores e declarou que, no dia dos fatos, estava em um churrasco com os amigos na região do Brás, quando decidiram ir ao bar "Praia 33", juntamente com sua filha (bebê de colo) e o seu filho de 9 anos. Em dado momento, ela pediu ao filho mais velho que segurasse a bebê no colo, para que ela pudesse ir ao banheiro, momento em que ela ouviu os disparos, sendo que o seu esposo estava fora do local. Não percebeu nada de estranho antes do ocorrido, no tempo em que estiveram no bar.

Além da prova testemunhal produzida em plenário, que foi contundente quanto à autoria dos fatos por parte do recorrente, este foi também filmado pelas câmeras do estabelecimento comercial "Praia 33", sendo flagrado justamente esperando o ofendido para atacá-lo (fl. 60).

Diante das provas carreadas, desponta nítido o intendo homicida do recorrente, sendo certo que esta foi a versão que os jurados optaram quando responderam aos quesitos formulados.

Nota-se, portanto, que os jurados optaram por uma das possíveis interpre-

Acesso ao Sumário

tações que se possa dar às provas colhidas, descabendo-se, assim, falar em novo julgamento, na medida em que tal circunstância somente seria possível quando a decisão tomada pelo Conselho de Sentença afrontasse de forma evidente o conjunto probatório dos autos, o que não se observa no caso concreto.

Outro não é o escólio dos doutrinadores Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

> *"Diante das provas colacionadas nos autos, decorre do princípio constitucional invocado competir ao Júri a soberania para condenar ou absolver. Frente a esta norma constitucional e a previsão legal recursal, somente se pode cogitar a anulação da decisão (e aqui sim importaria em novo julgamento) se a conclusão a que se chegar o conselho não tirar amparo razoável em nenhuma prova colacionada nos autos. Essa circunstância é extremamente relevante para a análise dos casos em que se possa admitir o recurso em voga, pois não se pode servir como supedâneo para alterar toda e qualquer decisão dos jurados, que, como referido, têm a sua soberania garantida constitucionalmente"* (*in* "Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência", 7ª edição, 2015, São Paulo, ed. Atlas, p. 1219).

Diante disso, estando a decisão dos jurados em perfeita harmonia com os elementos colhidos nos autos, não há como acolher os argumentos defensivos, eis que, em matéria probatória, nos processos de competência do Tribunal do Júri, vige o princípio da livre apreciação ou da convicção íntima, de modo que não cabe ao Conselho de Sentença a fundamentação das razões de seu convencimento.

Ora, dentre as versões verossímeis existentes nos autos, é lícito ao Tribunal Popular eleger aquela que entender mais plausível, sendo certo que, no caso concreto, os jurados optaram pela vertente apresentada pela acusação, a qual restou suficientemente amparada pelo arcabouço probatório amealhado.

Desse modo, não cabe ao juízo *ad quem* uma efetiva apreciação das provas produzidas nos autos, quando a tese acolhida pelos jurados guarda pertinência com o substrato probatório, sob pena de exceder os estreitos parâmetros de cognoscibilidade legalmente estabelecidos para as hipóteses de recurso de apelação interposto contra decisão do Tribunal do Júri, consoante rol taxativo inserto no artigo 593, inciso III, do Código de Processo Penal.

Corroborando tal entendimento, assim já decidiu esta Egrégia Corte:

> *"Júri. Veredicto condenatório proferido pelo Tribunal Popular. Recurso defensivo que pede a absolvição, por insuficiência de provas. Impossibilidade. Quando muito, o acolhimento do recurso pelo tribunal redundaria na anulação do julgamento (CPP, art. 593, § 3º), o que não se justifica. A decisão dos jurados não contraria manifestamente a prova dos autos. Condenação mantida. Pena bem dosada. Recurso defensivo desprovido"*

Acesso ao Sumário

(Apelação nº 0000024-55.2013.8.26.0169, 9ª Câmara Criminal Extraordinária, Rel. Des. Souza Nery, j. em 19.05.2017).

Da mesma forma, as qualificadoras do recurso que dificultou a defesa da vítima e do emprego de meio cruel restaram perfeitamente demonstradas, de modo que o acolhimento delas pelos jurados não se mostrou, de nenhuma forma, contrário à prova dos autos.

Feitas essas considerações, e mantida a condenação do apelante, passa-se à análise da pena e do regime prisional.

Verifica-se que a reprimenda foi fixada em montante adequado para a reprovação e prevenção do crime cometido pelo insurgente, nos termos dos artigos 59, *caput*, e 68, ambos do Código Penal, não merecendo reparo em seu *quantum*, conforme dosimetria criteriosa efetuada pelo Juízo de primeiro grau, a qual adoto como razão de decidir e que fica fazendo parte integrante deste voto, a saber:

"Nos termos do art. 68 do CP, passo a fixar a pena do réu para o crime cometido.

Anoto, desde já, para que não haja dúvida, que, buscando critério razoável para o uso da discricionariedade judicial, que o cálculo da pena base quando houver reconhecimento de circunstâncias será feito com base no critério, em regra, de um oitavo da diferença entre a pena mínima e o termo médio entre a pena mínima e a pena máxima.

Diz-se "em regra" porque, nos casos em que a circunstância for mais ou menos importante, será sopesada de outra forma, mediante justificativa específica.

Usa-se um oitavo porque esse é o número de circunstâncias a se analisar. A base de cálculo é o termo médio entre a pena mínima e o termo médio entre a pena mínima e a pena máxima porque: a) é necessário respeitar o intervalo fixado pelo Poder Legislativo no uso de sua competência; e, b) ainda será necessário dosar a pena na segunda fase, quando ela está limita a um teto, de maneira que não se pode considerar todo o intervalo como passível de preenchimento por meio das circunstâncias na primeira fase.

O grau de reprovabilidade da conduta é maior na espécie delitiva. Respeitosamente discordo do Ministério Público sobre a existência de premeditação, já que os atos preparatórios ali foram mínimos e os poucos que foram feitos já estão considerados na emboscada reconhecida como qualificadora. Todavia, há outros fatos gravosos que devem ser aqui sopesados.

Em primeiro lugar, porque os tiros foram realizados por meio de arma de fogo ilegal. Há consunção dos crimes do Estatuto do Desarmamento quando o crime é praticado com arma de fogo e não há uso autônomo da

Acesso ao Sumário

arma. Assim, não se permite o apenamento próprio. Isso, todavia, necessariamente deve conduzir à conclusão de que o uso da arma ilícita deve ser considerado na dosimetria da pena do crime que consumiu o outro.
Em segundo lugar, porque foram dirigidos tiros contra a cabeça da vítima. Isso provoca enorme impacto visual em todos aqueles que entram em contato com o cadáver e, ainda, tolhe a família da oportunidade de ver o rosto da pessoa velada uma última vez, exercendo adequada despedida do falecido.
Excepcionalmente presente, pois, a culpabilidade.
Quanto aos antecedentes, não há.
Não há elementos hábeis para avaliar sua personalidade.
Há, entretanto, elementos para que se avalie sua conduta social. A instrução probatória mostrou que o réu frequentemente levava o próprio filho ao bar, local de venda de bebidas alcóolicas. Ainda, conforme narrou sua esposa, queria parar naquele bar em específico porque, além de querer ver a banda de pagode, estava tão bêbado que precisava de um lugar para vomitar. E, após isso, continuar a beber. Essa conduta, inclusive, praticada na presença de seus próprios filhos. Certo, portanto, que a conduta social do réu aqui é reprovável.
Quanto aos motivos, dado ao potencial de qualificação do crime, reconhecer a existência de motivação fútil ou torpe importaria em violar o princípio acusatório e a ampla defesa e, ainda, usurpar a competência do Conselho de Sentença.
As circunstâncias do crime são desfavoráveis ao réu.
Novamente, respeitado posicionamento em sentido diverso do Ministério Público, não vejo como aqui reconhecer a existência de crime praticado em local com muitas pessoas, porque os vídeos mostram que a rua já estava vazia naquele momento, estando os consumidores do bar ainda em seu interior.
Todavia, há outras circunstâncias a avaliar. Isso porque o crime foi praticado na presença da companheira da vítima. Situação que revela maior reprovabilidade na conduta, a atrair maior censura. No mesmo sentido:
[...] No caso, infere-se que a exasperação da pena-base operou-se com lastro não somente na qualificadora sobejante, mas, também, com fulcro na valoração desfavorável das circunstâncias do delito, praticado na presença da mãe, irmã e dos dois filhos da vítima, de tenra idade. [...] Assim, descabido o argumento de que a exasperação da pena-base estaria desprovida de fundamentação idônea, pois o afastamento do mínimo legal operou-se com lastro em elementos concretos existentes nos autos. (STJ, HC n. 294.594/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 16/6/2016)

Acesso ao Sumário

Ainda, importante considerar a prática do fato em período noturno, durante a madrugada, em situação que, portanto, importa em menor vigilância e menor possibilidade de socorro.
As consequências do delito são mais severas do que o normal à espécie delitiva.
O depoimento da companheira da vítima foi suficiente para mostrar que o crime não só prejudicou o falecido como também, de forma intensa, sua companheira. Essa encontra-se, segundo narrado, com síndrome de estresse pós-traumático, tendo dificuldade no exercício de seu emprego e afazeres, necessitando de terapia constante e medicação.
Não há que se falar em vitimologia neste caso.
As circunstâncias judiciais da culpabilidade e das circunstâncias do crime seria consideradas em dobro, conforme explicado anteriormente.
Assim, buscando estabelecer quantia suficiente e necessário para a reprovação e prevenção do crime sob julgamento, diante das circunstâncias judiciais, sendo quatro desfavoráveis ao acusado, duas delas de forma intensa, fixo inicialmente a pena em 18 anos e 9 meses de reclusão.
Não há atenuantes.
Quanto às agravantes, não se aplica ao caso a agravante de embriaguez preordenada. Isso porque a embriaguez preordenada deve ser entendida como aquela na qual o autor faz ingestão de bebida alcoólica quando já tem deliberada intenção de cometer o delito, apenas para romper seus freios morais. Não há provas de que isso teria ocorrido nos presentes autos. O dolo específico nesse sentido não foi comprovado.
No mais, ante a existência de duas qualificadoras, possível que uma delas seja usada para a qualificação em si do crime. A outra, então, foi utilizada para exasperação da pena base ou como agravante.
Sobre o tema:
[...] - No tocante ao deslocamento de uma, das duas qualificadoras reconhecidas pelo Conselho de Sentença para exasperar a pena-base, também não verifico nenhuma ilegalidade a ser sanada, tampouco a ocorrência do aduzido bis in idem, porquanto este entendimento está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que, havendo mais de uma qualificadora no homicídio doloso, uma delas pode formar o tipo qualificado e as demais serem utilizadas para agravar a pena na segunda etapa do cálculo dosimétrico (caso constem no rol do art. 61, II, do CP) ou para elevar a pena-base na primeira fase do cálculo. Precedentes. [...] (STJ, AgRg no HC 678.325/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 23/11/2021)
Utilizado o meio cruel na qualificação do delito, reconheço aqui a agravante do art. 61, II, c, do CP, independentemente de fundamentação pró-

Acesso ao Sumário

pria, visto que reconhecida pelo próprio Conselho de Sentença.
Em razão disso, fixo a pena intermediária em 21 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão.
Não há causas de aumento ou de diminuição de pena, razão pela qual fixo a pena final do art. 121, § 2º, III e IV, do CP para o réu em 21 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão".

Por fim, considerando o *quantum* de apenação imposto, mantém-se o regime inicial fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea a, do Código Penal.

Assim sendo, afastadas as preliminares, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se, nos termos e que proferida, a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 1500413-10.2021.8.26.0581, da Comarca de São Manuel, em que são apelantes EDMILSON RODRIGUES e JESSICA CAROLINA JACINTO RODRIGUES, 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 o Ilmo. Defensor, Dr. José Roberto Pereira 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 59.987)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2024.

EUVALDO CHAIB, Relator

Acesso ao Sumário

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – CLÍNICA CLANDESTINA – MAUS TRATOS E APROPRIAÇÃO INDÉBITA – ABSOLVIÇÃO OU ABRANDAMENTO DAS REPRIMENDAS – IMPOSSIBILIDADE – NEGATIVAS ISOLADAS E RECHAÇADAS PELO RESTANTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – DEPOIMENTOS CONTUNDENTES CONFIRMARAM EM CONTRADITÓRIO A SITUAÇÃO PRECÁRIA EM QUE AS VÍTIMAS ERAM MANTIDAS E A RETENÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS – CONDENAÇÃO BEM LANÇADA

– PENAS FIXADAS COM CRITÉRIO, JUSTIFICADOS OS ACRÉSCIMOS – AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS JUSTIFICAM O REGIME SEMIABERTO E OBSTAM BENEFÍCIOS – A ISENÇÃO DAS CUSTAS DEVERÁ SER EXAMINADA EM SEDE DE EXECUÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

JESSICA CAROLINA JACINTO RODRIGUES e EDMILSON RODRIGUES foram condenados pelo r. Juízo da 1ª Vara da Comarca de SÃO MANUEL, nos autos do Processo nº 1500413-10.2021.8.26.0581, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. João Gabriel Cemin Marques*, como incursos no artigo 99 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), c.c. o artigo 29, na forma do artigo 71, *caput*, e no artigo 102 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), c.c. o artigo 29, na forma do artigo 71, *caput*, todos na forma do artigo 69, *caput*, todos do Código Penal, cada qual à pena de 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de detenção, mais pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, fixados no valor mínimo legal, para o crime de maus tratos e às penas de 02 (dois) anos 02 (dois) meses e 04 (quatro) dias de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, fixados no valor mínimo legal, sendo deferido o apelo em liberdade (fls. 629/646).

Os apelantes foram processados porque, entre janeiro e abril de 2021, ininterruptamente, em uma chácara situada na área rural, agindo em concurso de pessoas, privaram a liberdade, mediante cárcere privado, por mais de 15 (quinze) dias, das vítimas José Custódio, Izabel Fidelis Rodrigues, Hélio Eglecia, Arlindo Feliciano de Souza, Airton de Souza Pinto e Antônio Pedroso de Lima, todos maiores de 60 anos de idade. Consta também que, nas mesmas circunstâncias de tempo e espaço, em concurso de pessoas, expuseram a perigo a integridade e a saúde física e psíquica das vítimas José Custódio, Izabel Fidelis Rodrigues, Hélio Eglecia, Arlindo Feliciano de Souza, Airton de Souza Pinto e Antônio Pedroso de Lima, idosos, submetendo-os a condições desumanas e degradantes, privando-os de alimentos e cuidados indispensáveis. Consta ainda que, no mesmo cenário fático-temporal, respectivamente, em concurso de pessoas, apropriaram-se de proventos e rendimentos das vítimas José Custódio, Izabel Fidelis Rodrigues e Hélio Eglecia, idosos, dando aplicação diversa da de sua finalidade. No entanto, ao término da instrução, quanto ao crime de cárcere privado, acabaram absolvidos.

Apela EDMILSON pleiteando a absolvição diante da atipicidade da conduta ou fragilidade das provas. Subsidiariamente, almeja a redução da pena e substituição por restritivas de direitos, a isenção do pagamento das custas pro-

Acesso ao Sumário

cessuais e da pena de multa, diante da hipossuficiência (fls. 671/693).

Apela, também, JÉSSICA pleiteando a absolvição dos crimes imputados, pois não caracterizados e frágeis as provas reunidas. Subsidiariamente, almeja o abrandamento das reprimendas impostas, com isenção do pagamento das custas e multa (fls. 735/740).

Contrariados os recursos (fls. 743/748), o douto Procurador de Justiça Dr. Edson José Rafael opina pelo seu desprovimento (fls. 761/772).

Há oposição ao julgamento virtual às fls. 756.

É o relatório.

Impossível atender aos pleitos, habilmente deduzidos.

Narra a denúncia que os apelantes, mediante a cobrança de quantia em dinheiro de familiares, sem autorização do poder público e sem obediência aos ditames da Lei n.º 10.741/2003, mantinham instituição de acolhimento de idosos clandestina e mantinham os idosos lá abrigados em cárcere privado, tolhendo sua liberdade de ir e vir, pois eram trancafiados dentro de um sítio em local ermo, com alocação em quartos pequenos, insalubres, contendo grades, trancados no período noturno, sem ventilação adequada ou banheiro, proibindo visitas e até mesmo comunicação entre os idosos e seus familiares.

No local havia uma casa maior, onde os acusados residiam, com algumas das vítimas, as quais ficam em quartos, ou ambientes transformados em quartos.

Além dessa casa maior, havia mais três construções, onde outras vítimas permaneciam. Havia apenas um banheiro para o uso de todos e era oferecido um balde para que alguns que fizessem suas necessidades fisiológicas.

Ademais, apurou-se que os denunciados obrigavam as vítimas a permanecerem em seus quartos, eram grosseiros e ríspidos, além de não permitir que elas recebessem visitas ou se comunicassem com parentes, para que não pudessem relatar o terror em que viviam.

Prossegue a denúncia afirmando que, durante o tempo de encarceramento, os idosos eram tratados de forma desumana, eram impostas condições degradantes de vida às vítimas, as quais eram obrigadas a se alimentar mal, com comida escassa e de má qualidade, dormiam em camas ruins, com colchões finos, inclusive para os idosos com limitações de saúde e locomoção.

Ressaltou-se, ainda, que os idosos não recebiam jantar em alguns dias, havendo, inclusive, relato de um idoso que informou não receber o jantar porque seu benefício previdenciário era de valor pequeno.

Assim, o sofrimento psicológico imposto pelos réus às vítimas era intenso e ininterrupto, através de ofensas verbais, privações e coação psicológica.

Ainda, no decorrer da situação de cárcere, os denunciados se apropriaram dos cartões bancários das vítimas, os quais eram utilizados sem autorização, para sacar o benefício previdenciário. Assim fizeram com as vítimas José Custódio, Izabel Fidelis Rodrigues e Hélio Eglecia, que tiveram valores sacados e

Acesso ao Sumário

utilizados em benefício dos acusados, como a realização de festas e churrascos em que os idosos não tinham qualquer benefício ou participação, sem qualquer prestação de contas para os idosos ou familiares.

Por fim, quanto às vítimas Arlindo Feliciano de Souza, Airton de Souza Pinto e Antônio Pedroso de Lima, os pagamentos dos valores supostamente correspondentes à estadia e "cuidados" eram efetuados pelos familiares, sendo que não há qualquer controle ou prova de que os valores foram revertidos aos idosos.

Concluiu-se, assim, que os acusados, de forma abjeta, cobravam contribuições das famílias das vítimas e se apropriavam, diretamente, do dinheiro delas, para poder proporcionar benefícios a si próprios, em detrimento da vida e da saúde dos idosos.

Assim agindo, os apelantes expuseram a perigo a integridade e a saúde das vítimas, já que eram privadas de alimentação adequada, de cuidados básicos de saúde, não recebiam higiene pessoal, uma vez que os banhos eram realizados três vezes por semana e não havia qualquer atividade, cuidados com saúde ou possibilidade de descanso.

Imprescindível destacar que a nefasta experiência, segundo os depoimentos das vítimas, causou-lhes indiscutível sofrimento físico e psicológico, encerramento somente depois de informações apócrifas destinadas às autoridades públicas.

Assim, foi realizada uma operação composta por agentes da segurança pública e servidores do Poder Público municipal, a fim de averiguar a manutenção de casa de repouso. No local foi constatada a terrível situação das vítimas e os réus presos em flagrante delito.

Chamou a atenção que, quando os agentes estatais chegaram ao local foram recepcionados por um idoso na porta, o qual afirmou: *"Graças a Deus que vocês vieram, eu rezei por esse dia"*.

É verdade que, sempre que ouvidos, os réus negaram a imputação.

Alega a combativa Defesa que os idosos ali foram recebidos pelos réus a pedido deles próprios (fls. 175) ou de seus familiares, para que fossem cuidados, sendo que podiam receber visitas livremente, sem necessidade de agendamento de horário ou dia, (as quais somente foram reduzidas em virtude da pandemia). afirmaram, ainda, que era possível deixar a clínica, caso fosse esse o desejo dos familiares, posto que adotavam o regime familiar de moradia.

Ressaltou-se que embora o local seja simples, os idosos não foram submetidos a condições degradantes e desumanas, até porque os réus também residiam no mesmo recinto, inclusive apenas dois ou três dormiam em cômodos separados. A ajuda financeira que os idosos ou seus familiares davam ao Acusado era suficiente apenas para dar condições mínimas de higiene, alimentação e saúde, sem luxos exorbitantes.

Acesso ao Sumário

Justificaram, ainda, que os apelantes proviam as necessidades básicas dos idosos (que se sabe são muitas) apesar dos parcos recursos que tinham. Ora, com poucos recursos, sem qualquer auxílio externo, não conseguiriam manter condições além das razoáveis e necessárias para subsistência dos idosos, posto que todas as despesas eram divididas entre os residentes no imóvel.

Esclareceram que o local era uma moradia conjunta/república, na qual todos os custos eram divididos entre os moradores, o que diminui as despesas, quando comparado às de quem mora individualmente.

As escusas não convencem e foram rechaçadas pelo restante das provas, em especial os depoimentos colhidos em contraditório, como bem destacou a r. sentença.

A testemunha Renata Cristiane, policial civil, descreveu em Juízo como a diligência foi realizada. Disse que, assim que chegou à Delegacia de Polícia, recebeu uma ligação da Guarda Municipal informando que havia uma clínica em que idosos eram mantidos em cárcere privado. Por isso, se deslocaram até o local, onde conversaram com dois idosos, que relataram a situação degradante a que eram submetidos.

Constatou que eles permaneciam trancados em seus quartos, não tomavam banho todos os dias e não comiam carne. Não viu lesões nos idosos, mas eles relataram que não gostavam de permanecer reclusos, principalmente quando ocorriam festas no local, pois sentiam o cheiro de comida e não podiam comer ou participar da festa.

Disseram, ainda, que tinham medo dos réus. Confirmou que havia cartões para recebimento dos benefícios previdenciários e que no local não havia profissionais da saúde.

No mesmo sentido o relato da guarda Municipal Simone Cristina Parenti da Silva, que também participou da operação. Disse que quando chegou o portão estava com cadeados e o Sr. José Custódio se aproximou e disse que rezou a Deus para que eles chegassem. Os idosos não tinham lesões aparentes, mas as condições eram muito degradantes.

Também em Juízo a assistente social Maira Susana dos Reis confirmou ter participado da diligência. Quando chegaram no local avistaram um idoso que se aproximou do portão, que estava trancado, e disse para que os retirassem daquele lugar. Tiveram a entrada franqueada pelo réu EDMILSON. Havia seis idosos na chácara e os quartos eram evidentemente adaptados. Os idosos relataram que as necessidades fisiológicas eram realizadas em baldes, que ficavam nos quartos. As vítimas disseram, ainda, que a alimentação era escassa, pouca comida no café da manhã, pouca no almoço e nenhuma na janta, estavam vivendo em um "inferno" e não podiam se comunicar com familiares. Confirmou, por fim, que em alguns finais de semana os idosos eram trancados nos quartos, pois os réus faziam churrasco na chácara e não os permitiam participar. A chácara era

Acesso ao Sumário

irregular; não havia acessibilidade e os idosos estavam vivendo em condições desumanas.

No mesmo sentido, o relato do psicólogo José Renato Martins Bragiato. Ele esclareceu em Juízo que, na ocasião dos fatos, durante diligência conjunta com policiais, CREAS, Guardas Municipais e Vigilância Sanitária, constataram que o local estava trancado com cadeado. Quando chegaram, um idoso se aproximou e disse *"graças a deus que vocês vieram"*, aparentando alívio, e disse que rezou para que eles chegassem. O asilo era clandestino, não apresentava qualquer condição de moradia ou salubridade, expondo a perigo a vida dos idosos, pois estavam em condições sub-humanas.

Basta passar os olhos pelos depoimentos de alguns dos idosos para constatar essa triste realidade.

José Custódio, declarou em Juízo que foi abandonado no local por uma irmã e que ninguém no local recebia visitas. Praticamente, ficavam trancados 24 horas e o local não era bom. No seu quarto, que era pequeno, não havia banheiro. As refeições eram medianas, nunca tinha carne. Os banhos não eram diários e que não tinha atendimento de profissionais da saúde. Disse que pagava a clínica com seu benefício previdenciário, o seu cartão ficava com JÉSSICA. Nunca foi agredido, mas os réus os xingavam, prefere não recordar dos fatos. Encerrou dizendo que não tem um pé, mas que se tivesse oportunidade fugiria do local. Por vezes, os réus ficavam na piscina, faziam churrasco, mas os idosos não podiam participar.

A vítima Izabel Fidelis, confirmou que era ruim a vida na casa de repouso. Não conseguia conversar com ninguém, nem com os familiares. Recebe benefício do INSS, pois é aposentada, e era obrigada a dividir o quarto com "uma louca". Não gostava dos réus. Não soube dizer com quem ficava o seu cartão da conta, para receber o benefício previdenciário. Foi seu sobrinho quem lhe internou.

Arlindo Feliciano disse que era difícil a vida na chácara; pois a comida era pouca e o lugar não era confortável. Não tinha banheiro no quarto que dormia, não tomava banho todos os dias. Disse que os réus eram boas pessoas, mas não tinham bom trato com eles. Foi deixado na clínica pela esposa. Depois, não podia receber visitas. Nunca recebeu visitas. Também, não conversava com a esposa por telefone.

Nota-se, assim, que as versões apresentadas pelos réus caminham na contramão da realidade dos fatos, como bem apontou o ilustre representante da Justiça Pública.

Todos os depoimentos das vítimas e laudos periciais seguem linha única no sentido de que os réus mantinham verdadeira clínica clandestina, ao arrepio de todas as obrigações legais e garantias contidas no estatuto do idoso.

Os depoimentos demonstram que os idosos eram submetidos a condições

Acesso ao Sumário

precárias de alimentação e higiene, que não havia qualquer controle das medicações ou das contas do local, sendo que os cartões de alguns idosos foram entregues aos apelantes, que os utilizavam para despesas gerais da casa, sem qualquer prestação de contas aos seus internos.

O relato de testemunhas de defesa, no sentido de tentar abonar a conduta dos réus, alguns afirmando que cuidaram bem de familiares, não presta a afastar a responsabilização nestes autos, onde a situação precária imposta às vítimas restou demonstrada sem sombra de dúvidas.

Restaram, assim, demonstrados os crimes de maus tratos contra idoso (art. 99, Lei 10.741/2003) e apropriação indébita (art. 102, Lei 10.741/2003).

Como se viu, as vítimas, todos idosos, alguns debilitados, alguns com deficiência, todos eram mantidos em situação deplorável, com comida escassa, péssimas condições de higiene, sem banheiros adaptados, sem profissionais especializados na área de saúde, relegados à absoluta falta de dignidade, alguns obrigados a usar um balde para as necessidades fisiológicas.

Também, não restou dúvida de que aos réus foram entregues cartões dos benefícios dos idosos José Custódio, Izabel Fidelis Rodrigues e Hélio Eglecia, dando aplicação diversa de sua finalidade e que utilizavam para despesas gerais da casa, sem qualquer prestação de contas.

Dentro deste espectro verte dos autos que os réus se apropriaram dos valores da pensão previdenciária de titularidade dos acolhidos diversa da sua finalidade (não revertendo aos cuidados das vítimas), pois, conforme se extrai dos depoimentos das vítimas e dos profissionais técnicos que estiveram no local, ficou demonstrado que os idosos eram submetidos a condições precárias de alimentação e higiene, que não havia qualquer controle das medicações ou das contas do local.

Para afastar a responsabilização criminal bastava aos apelantes comprovar a contabilidade da clínica, quais os gastos realizados com os internos, onde foram empregados os recursos captados com os benefícios previdenciários recebidos. No entanto, desse ônus não se desincumbiram os acusados.

Com os recursos arrecadados os acusados realizavam os pagamentos de todas as despesas do local, incluindo as suas despesas próprias, tudo a indicar que financiavam o churrasco do final de semana, o mesmo que os internos sentiam apenas o cheiro, mas não podiam compartilhar.

Bem lançada a condenação, passa-se ao exame da dosimetria penal aplicada.

Melhor sorte não assiste aos apelantes.

Na primeira fase, com base no artigo 59 do Código Penal, houve ligeiro acréscimo à pena-base de ambos, de forma fundamentada, destacando-se o trauma psicológico infligido às vítimas, em situação de vulnerabilidade, abandonados pelos parentes e carentes de assistência.

Acesso ao Sumário

Na segunda fase, diante da agravante do artigo 61, inciso II, alínea "a" (motivo torpe) do Código Penal, mais um aumento, resultando em 02 meses e 27 dias de detenção e 14 dias-multa para o crime de maus tratos e 01 ano, 05 meses e 15 dias de reclusão e 15 dias-multa para o crime de apropriação indébita.

Na terceira fase, não houve alteração, pois ausentes causas de majorante ou minorante.

Diante do concurso material, resultou em 02 (dois) meses e 27 (vinte e sete) dias de detenção e 14 (catorze) dias-multa, para o crime de maus tratos, e 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, para o crime de apropriação indébita.

Por fim, diante da continuidade delitiva, houve acréscimo de metade, resultando na pena final, para cada um dos réus, em 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de detenção, mais pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, para o crime de maus tratos, e 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 04 (quatro) dias de reclusão, mais pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, fixados no valor mínimo legal.

Inviável o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos uma vez que os crimes envolvem violência física e psicológica contra pessoas idosas e as circunstâncias judiciais negativas afastam a possibilidade de concessão de benefícios.

A pena de multa não pode ser desprezada pelo Poder Judiciário, afastada do tipo penal, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Nesse sentido: *"Tratando-se a multa de sanção de caráter penal, sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade"* (STJ REsp. 828.333, Relator Ministro GILSON DIPP).

Quanto ao pedido de isenção ao pagamento das custas processuais, houve suspensão pela r. sentença.

Por fim, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a miserabilidade do condenado não impede a condenação nas custas processuais, que só deve ser avaliada na fase executória.

Nesse sentido: *"O réu, ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, ficando, contudo, seu pagamento sobrestado, enquanto perdurar seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos, quando então a obrigação estará prescrita, conforme determina o art. 12 da Lei 1.060/50. Precedentes. A isenção somente poderá ser concedida ao réu na fase da execução do julgado, porquanto esta é a fase adequada para aferir a real situação financeira do condenado, já que existe a possibilidade de sua alteração após a data da condenação"* (REsp. 400.682, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJ 17/11/2003).

No mesmo sentido: REsp. 262.961, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 17.06/2002; REsp. 263.021, Relator Ministro FERNANDO

Acesso ao Sumário

GONÇALVES, DJ 18.03/2002 e REsp. 81.304, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, DJ 14/09/98.

Subsiste, assim, integralmente a r. sentença, mantida por seus próprios e bem lançados fundamentos, todos aqui incorporados como razão de decidir.

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503060-97.2019.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante U. L., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.948)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) e EDUARDO ABDALLA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2024.

ZORZI ROCHA, Relator

Ementa: Apelação. Crime de importunação sexual. Absolvição, ou por insuficiência de provas, ou por atipicidade do fato. Não cabimento. Materialidade e autoria demonstradas. Afastamento da circunstância agravante. Não cabimento. Diminuição da prestação pecuniária e afastamento da prestação de serviços à comunidade. Não cabimento. Não provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Adotado o relatório já existente (fls.229/230), acrescenta-se que se trata agora de apelação do Réu da sentença de fls.229/246 na qual foi condenado à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto (substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, e prestação pecuniária de 04 (quatro) salários mínimos em favor do Fundo Municipal da Criança e Adolescente de São Bernardo do Campo), pela acusação do crime de importunação sexual (artigo 215-A do Código Penal), pretendendo a absolvição, ou por insuficiência de provas, ou por atipicidade do fato, e subsidiariamente: ***1.*** o afastamento de circunstância agravante; ***2.*** a diminuição da pena restritiva de direitos de prestação pecuniária; ***3.*** o afastamento da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade

(fls.278/300).

O recurso foi regularmente processado, com resposta do Ministério Público por seu não provimento (fls.307/312).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls.321/325).

É o relatório.

Inconsistente o recurso.

A prova oral produzida está inserida por gravação audiovisual no processo digital.

A materialidade destes crimes não é essencial, visto que, por sua própria natureza, nem sempre eles deixam vestígios; contudo, ela está demonstrada, no necessário, pelo boletim de ocorrência de fls.06/07.

O Réu negou o fato quando interrogado na fase administrativa (fls.12/13) e em Juízo, dizendo, em síntese, que: ***1.*** agiu de forma natural, e, nos exames de ultrassom transvaginal, é comum que ocorram pequenos contatos com o corpo da paciente; ***2.*** puxava o corpo dos pacientes para facilitar a posição para o próximo exame; ***3.*** não apalpou os seios, apenas colocou uma folha de papel sobre as mamas após o procedimento.

A versão do Réu não convence e não ficou confirmada por prova produzida pela Defesa.

As testemunhas de Defesa B. e W., médicos, não presenciaram os fatos e disseram em Juízo que: ***1.*** trabalharam com o Réu e o consideravam um ótimo profissional; ***2.*** poderiam ocorrer toques durante a realização de exames dessa natureza; ***3.*** não era financeiramente viável manter assistentes para acompanhar os exames; ***4.*** B., contudo, disse que o procedimento comum nos exames de ultrassonografia das mamas é entregar a toalha para que a própria paciente se higienize; ***5.*** W. disse que apalpação nas mamas ocorre quando há suspeita de nódulos, e com autorização da paciente.

Por outro lado, a vítima T. prestou declarações na fase administrativa (fls.08) e em Juízo, dizendo que: ***1.*** submeteu-se a exame de ultrassonografia transvaginal e de mamas, sendo o Réu o médico responsável pela realização dos procedimentos; ***2.*** durante o exame de ultrassom transvaginal, o Réu roçou o antebraço na região interna de sua coxa; ***3.*** após esse exame, o Réu determinou que mudasse a posição na maca e, antes que pudesse se movimentar, ele a puxou com força pelo quadril; ***4.*** antes de examinar suas mamas, o Réu fez elogio inadequado, dizendo que sua prótese tinha ficado *"bem natural"*; ***5.*** durante o exame de mamas, o Réu roçou o cotovelo em seu baixo ventre e, ao final, apalpou suas mamas de forma lasciva a pretexto de limpá-las.

Não se alegue falta de credibilidade na palavra da vítima que prestou declarações de forma segura, harmônica e coerente, tanto perante a Autoridade Policial, quanto perante o Juiz de Direito (direta ou indiretamente, nessa hipó-

Acesso ao Sumário

tese por meio de depoimento especial, válido nos termos da Lei n° 13.431/17). Além de vencer sentimentos como vergonha e medo, não apresentou nenhuma divergência em suas afirmações, nenhum deslize, não levantando qualquer suspeita sobre eventual falsidade de suas afirmações, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp. n° 1.994.996-TO, rel. Min. Messod Azulay Neto, 5ª T., j. em 14.03.2023):

> "II - É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios, como ocorreu na presente hipótese".

As palavras das vítimas ficaram amparadas pela prova oral produzida.

Com efeito, a testemunha R., inquirida em Juízo, disse que: ***1.*** submeteu-se a exame de ultrassonografia transvaginal e de mamas, sendo o Réu o médico responsável pela realização dos procedimentos; ***2.*** durante o exame de ultrassom transvaginal, o Réu encostou o braço na região interna de sua coxa; ***3.*** após esse exame, o Réu determinou que mudasse a posição na maca e, antes que pudesse se movimentar, ele também a puxou com força pelo quadril; ***4.*** após o exame de mamas, o Réu apalpou suas mamas de forma lasciva a pretexto de limpá-las.

A testemunha de Defesa J., inquirida em Juízo, disse que: ***1.*** era paciente do Réu e nunca teve problemas durante os exames; ***2.*** não tinha prótese mamária; ***3.*** eventuais toques durante os exames são breves e imperceptíveis; ***4.*** ao final do exame de ultrassonografia de mamas, recebia uma toalha para que se limpasse; ***5.*** todos os exames eram realizados na presença de uma assistente.

Como se vê, a prova de autoria é inconteste.

Além das uníssonas declarações da vítima, a testemunha R. relatou que passou por evento idêntico, havendo ação criminal para apuração daqueles fatos.

A experiência do Réu com esse tipo de exame e sua longa trajetória como profissional da área médica não se compatibiliza com inabilidade durante o procedimento a ponto de gerar constrangimento dessa natureza ao paciente, e tampouco com inviabilidade financeira em manter um assistente na sala durante o procedimento.

A alegação de que havia indicação médica para a apalpação das mamas naquele específico exame, se existente, não dá permissão unilateral ao profissional para ultrapassar limite que possa constranger o paciente. É de sabença - e até evidente - a necessidade de prévia comunicação, autorização e instrução sobre os procedimentos que serão realizados, ainda mais em exames dessa natureza. Além disso, se a apalpação fazia parte da análise, por qual razão não foi realizada naturalmente durante o procedimento, mas apenas ao final, no momento da higienização da vítima? E mais, situações desta natureza exigem, por cautela e

Acesso ao Sumário

garantia, a presença de mais uma pessoa na sala, o que não ocorreu.

A testemunha de Defesa J. confirmou em Juízo que, ao final do exame de ultrassonografia de mamas feito pelo Réu, recebeu toalha de papel de uma assistente para que ela própria limpasse os seios.

Aqui sim, conduta escorreita, reveladora do conhecimento do Réu sobre a ilicitude dos fatos.

É certo que as mulheres se submetem a esses tipos de exames diversas vezes ao longo da vida, sendo óbvio que sabem distinguir uma conduta comum - ou um elogio técnico despretensioso - de outra que cause o constrangimento aqui narrado, ainda mais quando não há por parte do paciente nenhuma desavença anterior que indique a possibilidade de falsa acusação.

Em razões de Apelação, a Defesa se estendeu em conjecturas e teses, mas não mostrou a produção de *prova* inequívoca que pudesse sustentar suas alegações, ou infirmar a narrativa segura e harmônica da vítima e das testemunhas, sem também demonstrar a existência de alguma desavença ou qualquer outro fato preexistente que pudesse motivar, contra o Réu, a injusta acusação pela vítima ou pelas testemunhas. Além disso, a similaridade na descrição dos fatos afasta por completo a hipótese de acusação infundada, ficando demonstrada a prática da importunação sexual pelo Réu contra a vítima T., sendo a mantença da condenação medida de extremo rigor, ficando rejeitados os pedidos absolutórios.

Os pedidos subsidiários não comportam acolhimento.

Tratando-se de crime praticado em função de sua atividade profissional, é de rigor a incidência da agravante prevista no artigo 61, inciso II, letra *"g"*, do Código Penal, porque a conduta do Réu violou dever inerente à sua profissão, pois, valendo-se dessa condição, ignorou a ética médica e importunou sexualmente a vítima, com ela praticando ato libidinoso sem sua anuência, com o objetivo de satisfazer sua lascívia.

Não obstante, e apenas como destaque, a conduta passou longe do compromisso solene previsto no Juramento de Hipócrates, especialmente no seguinte trecho ***"Em toda a casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo longe dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados".***

A pena restritiva de direitos de prestação pecuniária foi fixada em patamar adequado à profissão do Réu, obedecendo ao critério de individualização da pena e não ocorrendo desproporcionalidade ou excesso.

Por fim, fica mantida também a pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, medida indicada ao presente caso em que há necessidade resposta estatal proporcional à odiosa conduta praticada, lembrando que, por se tratar de pena fixada acima de 01 (um) ano, duas substitutivas devem incidir (artigo 44, § 2°, segunda parte, do Código Penal).

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001897-36.2012.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante WANDERSON ANTONIO DIAS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.568)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO SALE JÚNIOR (Presidente) e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 23 de janeiro de 2024.

CHRISTIANO JORGE, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Tribunal do Júri. Conselho de sentença que reconheceu ter o ora apelante cometido duas tentativas de homicídio qualificado. Recurso pelo qual se insurge a defesa em relação à dosimetria da pena.

A pena-base foi fixada no mínimo legal. Na segunda fase, não foram consideradas agravantes ou atenuantes. Na derradeira etapa, em razão da tentativa, a sanção foi diminuída, corretamente, em 1/3 (um terço), pois os delitos chegaram perigosamente próximos da consumação.

A pena definitiva é de 16 (dezesseis) anos de reclusão, pois os crimes foram cometidos em concurso material. Regime fechado.

Sentença mantida.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 1439/1441) proferida pela Meritíssima Juíza de Direito da Vara do Júri e das Execuções da comarca de Santo André pela qual foi o ora apelante condenado nos seguintes termos:

"(...) Em razão do exposto, julga-se PROCEDENTE a pretensão puniti-

Acesso ao Sumário

va para CONDENAR WANDERSON ANTONIO DIAS, qualificado nos autos, à pena de 16 (dezesseis) anos de reclusão, como incurso no artigo 121, parágrafo 2º, incisos I e IV, combinado com o artigo 14, inciso II e artigo 69, todos do Código Penal. Hediondo o crime, fixo o regime fechado para início de cumprimento da pena. (...)".

A defesa interpôs recurso de apelação (fl. 1455 e razões às fls. 1462/1465). Insurge-se em relação à diminuição de 1/3 (um terço) operada pelo reconhecimento da tentativa, postulando seja a fração de minoração aumentada para ½ (metade).

Contrarrazões ao recurso acostadas às fls. 1469/1474, pela manutenção da r. sentença.

A douta Procuradoria de Justiça ofertou o parecer de fls. 1489/1492, opinando seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal, conheço do recurso de apelação.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

O ora apelante foi denunciado, processado e condenado porque, no dia 29 de novembro de 2011, por volta das 12h08min, na avenida Sorocaba, nº 1.109, parque João Ramalho, na cidade de Santo André, neste Estado de São Paulo, agindo com inequívoca intenção homicida, por motivo torpe e utilizando-se de recurso que dificultou a defesa das vítimas, tentou matar Maria José da Silva e Dario da Silva Pires, desferindo contra eles disparos de arma de fogo, causando-lhes os ferimentos descritos nos laudos de exames de corpo de delito acostados nos autos, não tendo êxito em ceifar a vida dos ofendidos por circunstâncias alheias à sua vontade (denúncia acostada às fls. 03/05).

De acordo com a inicial acusatória, o ora apelante é ex-namorado de Suelen, filha da vítima Maria e irmã da vítima Dario. Inconformado com o término do relacionamento, passou a ameaçar de morte Suelen e seus familiares, mas não teve êxito em reatar o namoro. Na data dos fatos, decidiu cumprir com suas ameaças. Dirigiu-se ao local de trabalho das vítimas e passou a atirar em ambos, sem que elas conseguissem esboçar qualquer mecanismo de defesa, inclusive porque Dario, naquele momento, estava debilitado, fazendo uso de muletas. Os delitos apenas não se consumaram porque os ofendidos tiveram pronto socorro e atendimento médico com rapidez.

O ora recorrente foi, então, pronunciado como incurso no artigo 121, §2º, incisos I e IV, na forma do artigo 14, inciso II, por duas vezes, nos termos do artigo 69, todos do Código Penal (decisão de pronúncia às fls. 516/519). Este E. Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pela defesa (acórdão às fls. 567/573).

No julgamento em plenário, o conselho de sentença reconheceu a legíti-

Acesso ao Sumário

ma defesa em relação à vítima Dario e desclassificou a conduta do réu em relação à vítima Maria José para a compatível com o crime de lesão corporal grave (sentença às fls. 806/807). Porém, no julgamento dos recursos de apelação interpostos pelas partes, esta C. 15ª Câmara de Direito Criminal deu provimento ao apelo ministerial para anular o julgamento realizado em 03 de outubro de 2017 pelo Tribunal do Júri da comarca de Santo André, determinando a realização de novo julgamento (acórdão às fls. 885/892).

Nesta nova oportunidade, o Conselho de Sentença reconheceu a prática, por Wanderson, de dois crimes de homicídio, qualificados e tentados, e o ora recorrente foi, então, condenado à pena de 16 (dezesseis) anos, em regime inicial fechado (sentença às fls. 1439/1441).

De fato, comprovou-se a materialidade delitiva pelo laudo de exame de corpo de delito juntado às fls. 114, atestando que a vítima Maria suportou lesões corporais de natureza grave pela incapacidade para as atividades habituais por mais de 30 (trinta) dias e pela debilidade do membro, bem como pelo laudo de exame de corpo de delito de fls. 411/412, dando conta de que Dario suportou lesões corporais de natureza grave pelo perigo de vida ocasionado pelas lesões internas que necessitaram pronta intervenção cirúrgica e pela incapacidade para as atividades habituais por mais de 30 (trinta) dias, pelos demais documentos acostados nos autos e pela prova oral colhida.

A autoria, igualmente, inconteste.

Houve recurso apenas defensivo.

Em suas razões, a defesa insurge-se tão somente em relação à dosimetria da pena. O réu admitiu ter atirado contra as vítimas, razão pela qual não serão tecidos ulteriores comentários a respeito da acertada condenação.

Passo à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase, ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a sanção foi fixada no patamar legal de 12 (doze) anos de reclusão.

Na segunda etapa, não foram consideradas agravantes ou atenuantes.

Na derradeira fase, por ter havido a tentativa, a pena foi diminuída em 1/3 (um terço). Agiu com acerto a insigne magistrada sentenciante - afinal, os crimes chegaram perigosamente próximos da consumação, não sendo o caso de acolhimento da pretensão recursal de diminuição das sanções na metade.

A fração a ser aplicada na redução da pena em razão de o crime ter sido praticado na modalidade tentada deve ser valorada pelo magistrado diante do "iter criminis" percorrido pelo acusado. Isso não quer dizer, contudo, que a fração máxima de redução deve ser aplicada quando a vítima suportar lesões de natureza leve, que a pena deve ser reduzida em metade quando a vítima da tentativa de homicídio suportar lesões de natureza grave e que a fração mínima de redução deve ser aplicada quando a vítima suportar lesões corporais de natureza gravíssima.

Acesso ao Sumário

Trata-se, pois, de um critério a ser avaliado pelo magistrado de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

No caso em análise, correta foi, pois, a diminuição da pena na fração mínima, uma vez que foram constatadas duas circunstâncias que qualificam as lesões suportadas pelas vítimas como graves, conforme bem pontuou a ilustre Promotora de Justiça signatária das contrarrazões de fls. 1469/1474.

A vítima Maria suportou lesões corporais de natureza grave em razão a) da incapacidade para as atividades habituais por mais de 30 (trinta) dias e b) pela deformidade da mão direita (laudo de exame de corpo de delito de fls. 111).

A vítima Dário suportou lesões corporais de natureza grave em razão a) do perigo de vida ocasionado pelas lesões internas que necessitaram pronta intervenção cirúrgica e b) pela incapacidade para as atividades habituais por mais de 30 (trinta) dias.

Os ferimentos suportados pela vítima e a gravidade das lesões revelam, portanto, a necessidade de maior rigor na aplicação da pena.

Deste modo, não houve erro ou injustiça na aplicação da quantidade de pena de reclusão.

Por terem sido cometidos os crimes em concurso material de delitos (artigo 69 do Código Penal), as penas foram somadas, resultando em 16 (dezesseis) anos de reclusão.

Ante a quantidade de pena aplicada, outro não poderia ser o regime inicial de cumprimento da pena reclusiva senão o fechado.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso para manter a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Para fins do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, considero prequestionada toda a matéria suscitada pela parte recorrente e eventualmente não apreciada, consignando-se, ainda, em consonância com a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, que *"O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão."*. (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501813-68.2022.8.26.0599, da Comarca de Pederneiras, em que é apelante FABIO APARECIDO SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Exmo. Advogado Dr. André Luís Cerino da Fonseca; fez uso da palavra a Exma. Procuradora de Justiça Dra. Carla Maria Altavista Mapelli.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.724)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), LEME GARCIA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2024.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Apelação. Roubo majorado, extorsão majorada e resistência. Pleito objetivando a desclassificação do roubo e da extorsão para o crime de estelionato. Possibilidade. A celeuma do caso sub judice reside na existência, ou não, do constrangimento da ofendida, isto é, se teria sido vítima de roubo e extorsão de seus bens, ou de um estelionato praticado pelo réu, consistente no "golpe do bilhete premiado". Dinâmica dos fatos que se mostrou nebulosa, notadamente em razão do confronto entre as versões da vítima e do acusado, ainda em atenção às imagens obtidas da empreitada. Filmagem extraída de câmeras de segurança existentes no local que é compatível com a versão defensiva. Dúvidas acerca da dinâmica dos fatos não solucionadas a contento pela prova produzida nos autos, devendo beneficiar a defesa, em observância ao princípio do in dubio pro reo. Desclassificação para o crime previsto no art. 171, caput, do Código Penal, nos termos do art. 383 do CPP. Crime de resistência que restou devidamente demonstrado a partir das provas coligidas. Condenação mantida em parte. Básicas elevadas em razão dos antecedentes criminais do acusado. Na segunda etapa, em relação ao estelionato, compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Novas penas finalizadas em 1 ano e 2 meses de reclusão, 2 meses e 21 dias de detenção e 11 dias-multa. Fixação de regime inicial semiaberto. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por FABIO APARECIDO SANTOS contra sentença de primeiro grau (fls. 427/443), prolatada em 12 de maio de 2023, pela MM. Juíza de Direito, Dra. Carolina Dionísio, da 2ª Vara da Comarca de Pederneiras, que o condenou às penas de 18 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 38 dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, incisos II e V, c.c. o art. 158, §§ 1º e 3º, ambos do Código Penal, assim como à pena de 2 meses e 10 dias de detenção, em regime inicial fechado, por infração ao art. 329 do Código Penal.

Irresignado, por sua defesa técnica, FABIO interpôs recurso de apelação objetivando, em resumo, a desclassificação do roubo e da extorsão para o crime de estelionato, assim como, subsidiariamente, o reconhecimento das atenuantes previstas no art. 65, inciso III, alíneas "b" (reparação do dano) e "d" (confissão espontânea), do Código Penal.

Em suas contrarrazões, o Ministério Público bateu-se pelo acerto do *decisum*, inclusive acerca da pena final estabelecida.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, endossou as contrarrazões ministeriais, opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Devidamente processado, o apelo defensivo comporta parcial provimento, impondo-se reparo à decisão atacada.

Consoante descreve a denúncia, no dia 07 de dezembro de 2022, por volta das 13h30, o apelante, agindo em concurso com terceiro não identificado, teria abordado *Daniele Izac Ferreira Bueno* no estacionamento de um mercado, situado na Avenida Brasil, altura do número 1717, na cidade de Pederneiras, ocasião em que, mediante grave ameaça e privação de liberdade da vítima, subtraiu relógios e joias pertencentes à ofendida.

Consta também que, nas mesmas circunstâncias, o réu e seu comparsa constrangeram *Daniele*, mediante grave ameaça e restrição de sua liberdade, com o fim de obterem, em proveito comum, vantagem econômica indevida, no valor de R$ 27.000,00, obrigando a vítima a realizar transferências bancárias, via PIX, em favor dos agentes criminosos.

Ademais, no mesmo dia, ao ser perseguido e abordado por policiais militares, o recorrente se opôs à execução de ato legal, mediante violência e ameaça a funcionários competentes para executá-lo.

Pois bem.

Conquanto demonstrada a autoria delitiva, no decorrer da instrução processual, conforme provas coligidas, impõe-se a desclassificação do roubo e da extorsão para o delito de estelionato, tal como pretendido pela defesa do recorrente.

Acesso ao Sumário

Ouvida em juízo, a ofendida relatou (mídia) as circunstâncias dos fatos ora investigados, tal como descrito na denúncia. Na ocasião, ao ingressar em seu automóvel, localizado no estacionamento de um mercado, um indivíduo ali compareceu, posteriormente identificado como sendo o acusado, exibindo um papel e solicitando auxílio à depoente, acerca de um suposto endereço onde iria receber uma dívida. Nesse ínterim, a ofendida começou a pesquisar o endereço no celular, enquanto dialogava com tal indivíduo. Em seguida, outra pessoa se dirigiu ao local, tendo o recorrente pedido ajuda a esta. Ato contínuo, ambos os indivíduos ingressaram no automóvel da vítima e anunciaram o assalto, dizendo para a depoente *"ficar tranquila"*, pois só queriam dinheiro, ainda determinando que a ofendida saísse do mercado com calma. Enquanto a depoente conduzia seu automóvel, os assaltantes subtraíram joias, relógio e a aliança da ofendida, ainda determinando que esta desbloqueasse seu celular, ocasião em que os agentes acessaram a conta dela e efetuaram diversas transações de PIX. Durante o trajeto, perto da rodoviária, o acusado desceu do automóvel, ao passo que seu comparsa permaneceu no veículo até que houvesse a confirmação da concretização das transações, tendo se evadido em seguida. Após os fatos, a depoente noticiou a ocorrência, tendo comparecido na delegacia de polícia para efetuar o reconhecimento dos assaltantes, logrando identificar apenas o recorrente como o autor dos delitos. Posteriormente, o advogado do acusado se dirigiu à residência da ofendida, no intuito de devolver as joias e o dinheiro pertencentes a depoente, mas ela não se encontrada naquele local, tendo se sentido ameaçada, acreditando *"tratar-se de outro golpe"*. Seus bens foram devolvidos, assim, na delegacia de polícia. Indagada, a depoente discorreu que, em momento algum, o acusado mencionou a existência de um bilhete de loteria. A ofendida é empresária e *"jamais cairia em um golpe do bilhete"*.

Ouvido em juízo, o policial militar Marco relatou (mídia) ter recebido uma informação de que um veículo *Fiat/Mobi*, conduzido no sentido Santa Maria da Serra, estaria envolvido em um roubo. Em diligências, os policiais localizaram o veículo, no qual havia 3 indivíduos. Ao perceber a presença da viatura, tais indivíduos empreenderam fuga, tendo o automóvel caído em uma ribanceira. Apenas o réu foi detido pelos milicianos. Durante a abordagem, o apelante resistiu à prisão, tentando agredir os policiais, razão pela qual estes usaram força física moderada para a detenção do acusado.

No mesmo sentido, seguiu o depoimento do policial militar Alexandre, acrescentando (mídia) que, no momento da abordagem, o recorrente se voltou contra o declarante, entrando em luta corporal.

Em juízo, a testemunha Tatiane narrou (mídia) ser esposa do acusado. Afirmou, em síntese, que o acusado constantemente aplica golpes do bilhete premiado, *"mas ele nunca foi assaltante"*.

Acesso ao Sumário

Interrogado, o recorrente negou a imputação delitiva constante na denúncia (mídia), sustentando apenas ter aplicado o *"golpe do bilhete premiado"* na vítima. Na ocasião dos fatos, estava no estacionamento de um supermercado e se aproximou da vítima, pedindo informação acerca de um brechó de roupa, alegando que sua genitora havia sido sorteada em uma rifa. Outro indivíduo, previamente ajustado com o recorrente, compareceu ao local e simulou prestar auxílio ao réu, tendo aquele e a vítima conferido o bilhete, ocasião em que ambos disseram ao interrogando que ele tinha ganhado R$ 7.000.000,00. Em seguida, a vítima ofereceu carona ao recorrente até a Caixa Econômica Federal, tendo ela solicitado ao outro rapaz que acompanhasse o acusado. Em determinado momento, o interrogando pediu para que a vítima parasse o carro, dizendo que iria embora. Nesse ínterim, a vítima e o outro indivíduo pediram para o acusado vender o bilhete para eles. O rapaz relatou possuir R$ 100.000,00, enquanto a vítima disse que tinha joias e a quantia de R$ 27.000,00. Em seguida, a ofendida tirou as joias e entregou ao interrogando, bem como realizou as mencionadas transferências bancárias. Ato contínuo, o acusado pediu à ofendida que o deixasse na Rodoviária, enquanto ela levaria o outro indivíduo até local diverso. Posteriormente, a vítima desconfiou do golpe e outro rapaz fugiu, tendo o interrogando e este último ingressado em um veículo e se evadido do local. Defendeu não ter agredido os policiais ao ser abordado.

A materialidade dos fatos restou comprovada pelos boletins de ocorrência (fls. 16/21 e 22/25), pelo auto de reconhecimento pessoal (fl. 12), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 28/29 e 206/214), pelo laudo pericial de fls. 250/258 (constando imagens do local dos fatos) e pela prova oral coligida.

Ademais, denota-se incontroversa a autoria, sobre a qual o apelante sequer apresentou inconformismo.

A celeuma do caso *sub judice* reside na existência, ou não, do constrangimento de *Daniele*, isto é, se teria sido vítima de roubo e extorsão de seus bens, ou de um estelionato praticado pelo réu, consistente no *"golpe do bilhete premiado"*. Nesse ponto, assiste razão à defesa do acusado, pois a dinâmica dos fatos se mostrou nebulosa, notadamente em razão do confronto entre as versões da vítima e do acusado, ainda em atenção às imagens obtidas da empreitada.

A filmagem extraída de câmeras de segurança existentes no local[1], ao ser confrontada com o depoimento apresentado pela vítima, denota inconsistências da versão desta acerca dos fatos.

Por um lado, a vítima alega que os supostos assaltantes, ao ingressarem em seu automóvel, imediatamente anunciaram o assalto, disseram para a ofendida *"ficar tranquila"*, pois só queriam dinheiro, ainda determinando que a ofendida saísse do mercado com calma. Contudo, reputa-se notadamente inusitado

1 Vide mídia integral: https://drive.google.com/file/d/1vB45FO1IFC1_k9LzL0fb8ZAIpg3oRZhW/view

Acesso ao Sumário

que tais fatos teriam ocorrido em um período de apenas *7 segundos* (instante em que a porta do motorista se fecha – 3min38s - e momento no qual a ofendida começa a dar ré no carro – 3min42 -).

Outrossim, percebe-se que diversas outras pessoas estavam próximas à vítima no exato instante em que os agentes ingressaram no automóvel. Embora não se negue a possibilidade de a ofendida ter se sentido amedrontada com a empreitada, vislumbra-se possível a ofendida não ter buscado alertar outras pessoas acerca dos crimes pois, de fato, autorizou o ingresso do recorrente e seu comparsa no automóvel, tal como narrado pelo réu.

Afigura-se, assim, plausível a versão exculpatória oferecida pelo réu em toda a persecução criminal, no sentido de que teria apenas perpetrado o *"golpe do bilhete premiado"*, convencendo a ofendida a comprar um falso bilhete lotérico, em troca do prêmio constante em tal documento. Nesse sentido, a esposa do acusado, ouvida em juízo, inclusive ressaltou o fato deste comumente praticar tais golpes contra diversas pessoas.

De outro turno, embora se confira um valor relevante à palavra tal vítima, tal prova não é absoluta. Há indícios de a ofendida ter faltado com a verdade acerca dos fatos, no intuito de preservar sua imagem (empresária bem-sucedida, em uma cidade pequena), ao invés de reconhecer que foi induzida em erro pelo golpe perpetrado pelo acusado. Nessa linha, curioso observar que a própria ofendida, em seu depoimento, ao narrar o fato de o advogado do acusado ter comparecido em sua residência para devolver os bens dela, mencionou ter pensado que se tratava *"de outro golpe"*.

Decerto que, além da palavra da vítima (contendo as inconsistências acima delineadas), inexistem outros elementos indicando concretamente o constrangimento supostamente empregado pelo réu, cuja versão exculpatória, ao contrário da versão acusatória, apresenta mais compatibilidade com o deslinde dos fatos apurado nos autos.

Em suma, tais dúvidas quanto à dinâmica dos fatos, não solucionadas a contento pela produção das provas *em juízo*, devem beneficiar a defesa, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, tornando de rigor a desclassificação da conduta delitiva de roubo e extorsão para estelionato, nos moldes disciplinados pelo art. 383 do Código de Processo Penal, segundo o qual, o magistrado, *sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave*.

No tocante à resistência, sobre a qual o réu também não apresentou qualquer irresignação, de rigor a manutenção da condenação, sendo tal crime devidamente comprovado a partir dos firmes e coesos depoimentos apresentados, de forma uníssona, pelos policiais militares ouvidos em juízo, os quais narraram ter o acusado resistido sua abordagem, inclusive entrando em luta corporal contra

Acesso ao Sumário

os agentes públicos.

De tal sorte, de rigor a manutenção do édito condenatório em face do recorrente, contudo, conforme acima fundamentado, como incurso no art. 171, *caput*, e no art. 329, ambos do Código Penal.

Na dosimetria das reprimendas, consoante o art. 59 do Código Penal, escorreita a elevação das básicas, em 1/6, em decorrência dos antecedentes criminais do acusado (condenações anteriores pela prática dos crimes de furto - *processo no. 0037429-41.2006, pena de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa* - e estelionatos - *processo no. 0071236-52.2006, pena de 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, e processo no. 0034503-48.2004, pena restritivas de direito*), perfazendo 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa (estelionato), assim como 2 meses e 10 dias de detenção (resistência)

Na segunda etapa, irreprochável a incidência da agravante da reincidência do réu (processo no. 0093087-64.2017.8.26.0050 - estelionato - pena de 1 ano e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado - trânsito em julgado para a defesa em 17/07/2019), a qual, contudo, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão espontânea exclusivamente atinente ao crime de estelionato, mantendo-se a pena anteriormente estabelecida. Em relação à resistência, inexistindo confissão, mantém-se o aumento de 1/6 pela referida agravante, perfazendo 2 meses e 21 dias de detenção, tornando-se definitivas as reprimendas, à míngua de demais causas modificadoras.

Ressalta-se a inaplicabilidade da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "b", do Código Penal, uma vez não reparado integralmente o dano ocasionado pela vítima.

As quantidades de reprimendas estabelecidas, aliada às condições pessoais desfavoráveis do apelante (reincidente e provido de antecedentes, inclusive em crimes semelhantes), permite a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, adequado à reprovação dos delitos, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao apelo interposto por FABIO APARECIDO SANTOS, para desclassificar a conduta do roubo e da extorsão para a figura delitiva prevista no art. 171, *caput*, do Código Penal, bem como reduzir sua reprimenda aos montantes de 1 ano e 2 meses de reclusão, 2 meses e 21 dias de detenção, ambos em regime inicial semiaberto, e 11 dias-multa, mantendo-se, no mais, a sentença atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2294929-07.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são pacientes CLAUDE HENRI MICHEL e LUIZ CELIO BOTTURA e Impetrante CIBELE BERENICE DE AMORIM.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A ORDEM. V.U. Sustentou oralmente o advogado, dr. Vannias Dias da Silva, e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, dr. William Terra de Oliveira.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.896)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 29 de janeiro de 2024

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Exceção de incompetência – Rejeição – Embora seja admitido o manejo de *habeas corpus* em face de decisão que rejeita a exceção de incompetência, ante a ausência de recurso próprio legalmente previsto, a concessão da ordem demanda a existência de prova pré-constituída e que o exame da matéria não se revista de complexidade incompatível com a via estreita do remédio constitucional, o que não se vislumbra no caso em tela. Se o MM. Juízo *a quo* afastou o reconhecimento de conexão probatória entre os processos reclamados na impetração, em decisão suficientemente fundamentada, afastar tal conclusão demandaria o aprofundado revolvimento fático-probatório, que é vedado nos limites estreitos da via do *habeas corpus*. Demais disto, a disposição contida no art. 76, III, do CPP não impõe, necessariamente, a reunião de processos, o que deve ser avaliado em cada caso concreto. Vale ponderar, igualmente, que o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro independem do processo e do julgamento das infrações penais antecedentes, nos termos do art.

Acesso ao Sumário

2º, II, da Lei n. 9.613/1998. Precedentes do e. STJ. Denegação da ordem.

VOTO

Vistos.

Impetra-se a presente ordem de ***habeas corpus*** em favor de **CLAUDE HENRI MICHEL** e **LUIZ CÉLIO BOTTURA**, sob alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal, partido (i) do MM. Juízo da 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital, nos autos do processo de número 0012096-91.2023.8.26.0050 (exceção de incompetência no Inquérito Policial nº 1511808-06.2022.8.26.0050); (ii) do MM. Juízo da 1ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital, em razão do Inquérito Policial nº 1539113-96.2021.8.26.0050; (iii) do MM. Juízo da 4ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, em razão do Inquérito Policial nº 1505518-19.2021.8.26.0564.

Segundo consta da impetração, tramitam paralelamente três inquéritos policiais, em Juízos distintos, derivados da mesma *notitia criminis*, *"com evidente bis in idem parcial e conexão/continência entre eles"*.

Descreve a n. impetrante que o paciente Claude Henri Michel é formalmente investigado nos autos nº 1511808-06.2022.8.26.0050, enquanto a empresa Miltrinco S.A., da qual é diretor, é investigada nos autos nº 1505518-19.2021.8.26.0564.

Por sua vez, o paciente Luiz Célio Bottura é formalmente investigado nos autos nº 1511808-06.2022.8.26.0050 e nos autos nº 1539113-96.2021.8.26.0050, sendo a empresa GARDEN, da qual é diretor, investigada nos autos nº 1505518-19.2021.8.26.0564.

Aduz que o Inquérito Policial nº 1511808-06.2022.8.26.0050 foi instaurado e passou a tramitar na 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital, em decorrência de inquérito policial anterior, que tramitava, na época, a respeito dos mesmos fatos, de nº 0020144-44.2020.8.26.0050 e que foi arquivado em 07/02/2022. Sequencialmente, outro inquérito policial idêntico foi distribuído a Juízo diverso, e *"Todos eles a pedido da mesma Associação e contra a mesma família."*

A Autoridade Policial teria informado que *"o IP 1511808-06.2022.8.26.0050 apurava o uso de um suposto documento falso isolado em São Bernardo do Campo (f. 3132/31334), o que já é objeto de outro inquérito policial em curso em São Caetano do Sul (f. 4706/47145) instaurado quase 2 anos antes do presente inquérito."*

Relata que, em 25/11/2021, outro inquérito policial relacionado aos mesmos fatos e pessoas idênticas teria sido arquivado pelo MM. Juízo da 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da

Acesso ao Sumário

Capital, tendo em vista que já existia inquérito investigando a mesma situação.

Em decorrência deste cenário, houve oposição de exceção de incompetência (Processo nº 0012096-91.2023.8.26.0050), sob o argumento de que *"os inquéritos nº 1539113-96.2021.8.26.0050 (atualmente, ação penal) e 1505518-19.2021.8.26.0564, sobre os mesmos fatos (originados na mesma notícia crime, com base nos mesmos depoimentos, etc.) fossem reunidos na 2ª Vara de ORCRIM da Capital (onde tramita o IP 1511808-06.2022.8.26.0050), onde foi aforado o primeiro, e por ser já então competente pela livre distribuição do inquérito policial 0020144-44.2020.8.26.0050, arquivado em 07.02.2022 (f. 607/611), quando o IP 1511808-06.2022.8.26.0050 já estava em curso e era, portanto, conexo ou continente àquele."*

Ocorre que referido incidente foi julgado improcedente, esclarecendo a n. impetrante que o manejo do presente *writ* se deu em virtude da omissão do Código de Processo Penal em relação ao recurso cabível contra aquela decisão.

Preliminarmente, suscita que o pleito formulado neste *habeas corpus* não se confunde com aquele objeto do Habeas Corpus nº 2269792-23.2023.8.26.0000, que almejava somente que a Autoridade Coatora apreciasse a exceção de incompetência.

Outrossim, argumenta, em resumo, que todos os inquéritos são idênticos ao Inquérito nº 0020144-44.2020.8.26.0050, distribuído em 26/01/2020 na 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital, arquivado em 07/02/2022, sugerindo que *"Há ataque de inquéritos repetidos contra a mesma família"*.

Suscita que ocorreram *"múltiplas novas distribuições do inquérito arquivado em 07.02.2022 (na forma física, no Mato Grosso do Sul, e dois na forma eletrônica em São Paulo) para burlar seu arquivamento e conseguir o trâmite da mesma investigação em Juízos paralelos para aumentar a chance de se conseguir medidas contra os investigados, por seus devedores!"*.

Diante dos referidos argumentos, postula a concessão da ordem a fim de que todos os inquéritos sobre os mesmos fatos sejam reunidos na 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital, *"seja por ser onde aforado o primeiro, como por ser já então competente pela livre distribuição do inquérito policial 0020144-44.2020.8.26.0050, aqui distribuído em 19/06/2020 (f. 587/588), arquivado em 06.01.2021 (f. 601), quando foi remetido ao DIPO 4, Seção 4.2.1, pela inexistência de ORCRIM e finalmente arquivado em 07.02.2022 (f. 607/611), quando o IP 1511808-06.2022.8.26.0050 já estava em curso e era, portanto, conexo ou continente a aquele."*

Acesso ao Sumário

Como pleito subsidiário, pugna pela reunião dos inquéritos policiais nº 1511808-06.2022.8.26.0050 e 1505518-19.2021.8.26.0564 na 1ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capi-

tal/SP, por conexão com os autos nº 1539113- 96.2021.8.26.0050.

Não houve formulação de pleito liminar.

Prestadas as informações de estilo (fls. 122/123), a impetrante formulou oposição ao julgamento na modalidade virtual, bem como requereu a decretação de segredo de justiça (fls. 126).

Após requisição de esclarecimentos complementares sobre a publicidade dos inquéritos policiais (fls. 128 e 131/132), a pretensão de sigilo foi indeferida (fls. 134).

Em seguida, manifestou-se a d. Procuradoria de Justiça pela denegação da ordem (fls. 138/142).

É o relato do necessário.

A d. Autoridade apontada como coatora sintetizou os requerimentos formulados na exceção de incompetência, explicando ter sido movida pela empresa MILTRINCO S/A, através de sua patrona, nos autos nº 1511808-06.2022.8.26.0050, acrescentando que a rejeição ocorreu com base nos seguintes fundamentos: *"(...) Conforme explicado pela autoridade policial nas fls. 4726 dos autos principais, o presente feito visa a apuração de organização criminosa e lavagem de dinheiro, bem como dos crimes antecedentes.* ***Quanto aos autos º 0020144-44.2020.8.26.0050, 1539113-96.2021, 0010590-17.2022, e 1505518-19.2021 tratam-se de investigações com objetos distintos, na medida em que não apuram a prática de lavagem de dinheiro****. Eventual bis in idem quanto aos crimes de organização criminosa e lavagem de dinheiro, deverá ser arguido naqueles autos, uma vez que o presente feito foi instaurado anteriormente. O crime de lavagem de dinheiro é considerado como um crime parasitário e independente.* ***Assim, não é necessária conclusão das investigações quanto ao crime antecedente, bastando a existência de indícios suficientes. No presente caso, a investigação por lavagem de dinheiro permite que se busque indício de crime antecedente consistente em eventual falsidade praticada em relação a contrato de cessão de créditos, ainda que Inquérito Policial instaurado especificamente quanto ao crime de falso não tenha sido concluído****. Da mesma forma,* ***a independência do crime de lavagem de dinheiro implica na desnecessidade de avocação dos demais IPs, na medida em que as provas relativas ao eventual branqueamento são distintas e demandam diligências diversas daquelas voltadas à apuração dos crimes nos demais autos****. Por fim, a alegação de inexistência de proveito econômico foge do escopo da exceção de incompetência e bis in idem, de modo que deixo de apreciá-la. Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE a exceção de incompetência e bis in idem movida por MILTRINCO S/A. Transitado em julgado, arquive-se. Intime-se".*

Inicialmente, embora seja admitido o manejo de *habeas corpus* em face de decisão que rejeita a exceção de incompetência, ante a ausência de recuso próprio legalmente previsto, a concessão da ordem demanda a existência de

Acesso ao Sumário

prova pré-constituída e que o exame da matéria não se revista de complexidade incompatível com a via estreita do remédio constitucional, o que não se vislumbra no caso em tela.

Examinando os autos do Inquérito Policial nº 1511808-06.2022.8.26.0050, que originou a exceção de incompetência, denota-se que a d. Autoridade Policial, a fls. 940/941, colacionou aos autos a portaria de instauração daquele caderno investigatório, que assim dispõe: *"DECLARO INSTAURADO INQUÉRITO POLICIAL em face de LUIZ FERNANDO AURICHIO BOTURA, CLAUDE ENRIMICHEL, dentre outros,* ***para apurar um esquema autônomo de LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS OU VALORES, decorrente de práticas criminosas antecedentes perpetradas por LUIZ EDUARDO AURICCHIO BOTTURA e outros, tais como CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA, CORRUPÇÃO ATIVA, COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO****, dentre outras práticas criminosas, inclusive com indícios de integrarem ASSOCIAÇÃO/ORGANIZAÇÃOCRIMINOSA".*

A fls. 3133/3133, o Delegado de Polícia que assumiu a presidência daqueles autos igualmente delimitou o cerne das investigações, relatando o seguinte:

"(...) ***Instaurou-se o presente feito, objetivando a apuração do crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (artigo 1º da Lei nº 9.613/98), figurando como investigados LUIZ FERNANDO AURÍCHIO BOTTURA e CLAUDE ENRI MICHEL.***

Segundo consta dos autos, a empresa "GARDEN TERRITORIAL BENS PATRIMONIAIS LTDA", de propriedade de LUIZ FERNANDO AURICCHIO (irmão de LUIZ EDUARDO) teria se envolvido em uma das ações judiciais contestadas pela "ASSOCIAÇÃO DE VÍTIMAS DE LUIZ EDUARDO BOTTURA" em desfavor do "CONDOMÍNIO FÁBIO BORGES", representado em ação judicial pela advogada KÁTIA CRISTINA NOGUEIRA.

Segundo narrado no requerimento exordial, no curso dessa ação judicial foi constatado que a empresa "GARDEN TERRITORIAL" teria forjado cessão de direitos, supostamente firmada entre a advogada do condomínio e a empresa MILTRINCO S/A, a qual, por sua vez, teria supostamente comprado os créditos judiciais decorrentes desta demanda. Ao final, apurou-se que esta empresa seria de propriedade de CLAUDE ENRI MICHEL, tio de LUIZ EDUARDO AURICCHIO BOTTURA.

Ademais, a empresa "LIDERTELIS HOLDING IRELLI" também seria sócia da empresa "GARDEN TERRITORIAL" que, por sua vez, tem como sócios as pessoas de LUIZ CÉLIO e RAQUEL FERNANDA OLIVEIRA (respectivamente, pai e esposa de LUIZ EDUARDO).

A apuração dos fatos objetiva a demonstração de eventual locupletamento indevido e lavagem de capitais decorrentes das ações distribuídas junto ao Poder Judiciário que, segundo narrado, tem o escopo de auferir vantagens

Acesso ao Sumário

pecuniárias indevidas em prejuízo de terceiros *(...)."*

Sobre a alegação de duplicidade de inquéritos, a Autoridade Policial assim se manifestou (fls. 4726/4729):

"(...) razão não assiste à nobre e r. Defensora em seus argumentos insculpidos às fls. 4705 e4720, no que diz respeito à ocorrência do "bis in idem", ou seja, a existência de dois inquéritos policiais apurando o mesmo fato criminoso, conforme a seguir será delineado.

Aludidas indagações já foram aventadas pela r. Defensora às fls. 156/159 e reiterado exaustivamente às fls.428, 461, 487, 513/516, 868/877 e 1717/1729, sendo objeto de análise preliminar pelo Ministério Público do Estado de São Paulo já às fls. 440/442 e fls. 902.

Ocorre que, como bem apontado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo nessas manifestações, novas petições foram juntadas antes de qualquer manifestação desta Autoridade Policial ou mesmo análise pelo r. Juízo de Direito, o que - importante consignar - prejudica a intelecção do material produzido e a própria investigação como um todo, ocasionando tumulto processual (ainda que não intencional e/ou involuntário).

Os autos objetivam a apuração de crimes de lavagem ou ocultação de capitais e organização criminosa que, para serem evidenciados necessitam, no primeiro caso, de demonstração de indícios suficientes (e não meros indícios, como a seguir explano) do crime antecedente, objeto da requisição de exame pericial no contrato de cessão de créditos apontado nos autos*.*

A própria Autoridade Policial que instaurou o presente procedimento de polícia judiciária já delineou na Portaria de instauração, encartada às fls. 940/943 (e às fls. 1230/1233) a necessidade de se buscar os suficientes indícios dos crimes antecedentes, precursores da lavagem de dinheiro."

Em consulta aos autos digitais do Processo nº 1539113-96.2021.8.26.0050, em trâmite perante a 1ª Vara Especializada de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Comarca da Capital, verifica-se que aquele feito criminal se encontra em fase processual distinta, pois já houve oferecimento de denúncia ministerial (fls. 11103/11108), que foi recebida em 08/08/2023, aguardando a resposta à acusação por parte dos acusados (fls. 11120/11122).

Constou da inicial acusatória que *"O Inquérito Policial foi instaurado, em 27 de outubro de 2021, com a finalidade de apuração do crime de Organização Criminosa constituída para a prática de delitos de Falsidade, Fraude Processual, Corrupção ativa, Coação no curso do Processo, tendo como investigados LUIZ EDUARDO AURICCHIO BOTTURA, LUIZ CÉLIO BOTTURA, RAQUEL FERNANDA DE OLIVEIRA, MARIA ALICE AURICCHIO BOTTURA, CIBELE BERENICE DE AMORIM, VANNIAS DIAS DA SILVA, ARTUR ABUMANSUR DE CARVALHO e DANIEL CALAZANS PALOMINO TEIXEI-*

Acesso ao Sumário

RA, em detrimento de mais de 500 vítimas, as quais, inclusive, constituíram uma associação denominada Associação De Vítima De Eduardo Bottura."

Assim, naqueles autos, foram denunciados como incursos no artigo 2º, "caput" e §4º, II (participação de funcionário público) da Lei 12.850/2013, com aplicação da agravante da liderança (artigo 2º, §3º, Lei 12.850/2013) para LUIZ EDUARDO AURICCHIO BOTTURA.

Nota-se que os fatos que caracterizariam, em tese, a lavagem de dinheiro não foram abarcados pelo *Parquet* naquela inicial acusatória.

Demais disto, como bem observado no parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, *"Na busca dos indícios do crime antecedente, requisitou-se a perícia em um contrato específico, e o* ***crime de falsidade documental é apurado no IP nº 1505518-19.2021.8.26.0564 (4ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo/SP). Evidente, pois, que o expediente investigativo acima não apura lavagem de dinheiro ou participação/integração a organização criminosa, que segue perante a Vara Especializada da Capital*** *(fls. 37 e ss destes autos)."*

Todo o contexto retratado, assim como as inúmeras peças que formam cada um dos autos mencionados na impetração, revelam a complexidade das questões suscitadas neste *writ*. Assim é que, se o MM. Juízo *a quo* afastou o reconhecimento de conexão probatória entre os processos reclamados na impetração, em decisão suficientemente fundamentada, afastar tal conclusão demandaria o aprofundado revolvimento fático-probatório, que é vedado nos limites estreitos da via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO, AÇÃO PENAL 0083128-80.2018.8.19.0001 - JUÍZO DA 43ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL/RJ. HOMICÍDIO QUALIFICADO, AÇÃO PENAL N.º 0084699- 86.2018.8.19.0001 - JUÍZO DA 3ª VARA DO TRIBUNAL DO JÚRI DA COMARCA DA CAPITAL/RJ. **EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA REJEITADA. CONEXÃO PROBATÓRIA. ART. 76, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**. AFASTAMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO NÃO PROVIDO. PREJUDICADO O PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA.
>
> 1. Na hipótese, a defesa pretende o reconhecimento da conexão probatória entre os autos da ação penal 0083128-80.2018.8.19.0001, em trâmite na 43ª Vara Criminal/RJ e os do processo 0084699-86.2018.8.19.0001 - 3ª Vara Criminal do Tribunal do Júri/RJ, com o consequente reconhecimento da incompetência do Juízo da Vara Criminal, determinando-se a

Acesso ao Sumário

reunião dos processos na Vara do Tribunal do Júri.

2. Ocorre que, as instâncias ordinárias não acolheram o pleito de reconhecimento de conexão probatória entre as referenciadas ações penais. Assim, afastar a conclusão a respeito da inexistência de conexão instrumental entre as ações, demandaria o aprofundado revolvimento fático-probatório, que é vedado nos limites estreitos da via do habeas corpus. Precedentes.

3. O art. 76, III, do CPP, dispõe que há conexão probatória "quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração", ou seja, quando a comprovação de um delito reflete na elucidação do outro, o que, foi afastado, na espécie, pelas instâncias ordinárias.

4. In casu, o fato de o Juízo da 43ª Vara Criminal/RJ ter mencionado no decreto preventivo que haveria suspeita de que o carro HB20, objeto do crime de receptação, teria sido supostamente utilizado no homicídio ocorrido no mesmo bairro, não tem o condão de evidenciar a existência de conexão probatória entre as condutas, como pretende o recorrente, uma vez que a prova de uma infração não servirá como evidência para o outro delito.

5. Recurso em habeas corpus não provido. Prejudicado o pedido de tutela provisória.

(RHC 102.686/RJ, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 07/10/2019, Grifos da reprodução)

De igual teor:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. LITISPENDÊNCIA E CONEXÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. "O simples fato de a apuração dos delitos investigados ter tido início a partir da mesma diligência policial não implica, necessariamente, a existência de conexão entre eles - AgRg no CC 136.913/PR, Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Terceira Seção" (AgRg no RHC 94.004/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/6/2018, DJe 11/6/2018).

2. No caso em exame, a instâncias ordinárias afastaram o pleito de reconhecimento de litispendência ou conexão, porquanto as ações penais tratam de fatos distintos, com réus e vítimas diversos, bem como pelo fato de já ter sido prolatada sentença condenatória em uma delas.

3. Assim, para modificar os fundamentos utilizados mostra-se necessário o reexame de matéria fático-probatória, providência inadmissível na via eleita.

4. Agravo regimental desprovido.

Acesso ao Sumário

(AgRg no RHC 102.583/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 03/06/2019, Grifos da reprodução)

Demais disto, a disposição contida no artigo 76, III, do Código de Processo Penal não impõe, necessariamente, a reunião de processos, o que deve ser avaliado em cada caso concreto, sempre com o escopo de otimizar a prestação jurisdicional.

Vale ponderar, igualmente, que o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro independem do processo e do julgamento das infrações penais antecedentes, nos termos do art. 2º, inciso II, da Lei n. 9.613/1998.

Assim caminha a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

RECURSOS ESPECIAIS E AGRAVOS EM RECURSOS ESPECIAIS. OPERAÇÃO NECATOR. CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS COMETIDOS EM CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL POR PARTICULARES E AGENTES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO (MÁFIA DO ISS). CONTRARIEDADE AOS ARTS. 41, 76, CAPUT, II E III, 78, II, B E C, 283, 381, III, 387, II E III, 396-A, 397, 564, CAPUT, I, E 593 DO CPP, 1º, 18, I, 33, 59, 60 E 69 DO CP, 1º DA LEI N. 9.613/1998, 4º, I, II, III E IV, DA LEI N. 12.850/2013, E À SÚMULA 718/STF. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DOS ARTS. 83 E 617 DO CPP E 71 DO CP. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

1. A decisão agravada é incindível e, assim, deve ser impugnada em sua integralidade, nos exatos termos das disposições legais e regimentais (EAREsp n. 746.775/PR, Relator para o acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 30/11/2018).

2. É inviável conhecer do agravo em recurso especial que deixa de impugnar, de maneira específica, um dos fundamentos suficientes da decisão agravada (art. 932, III, do CPC/2015).

3. É desnecessária e inútil a interposição de agravo contra a decisão de admissão parcial do recurso especial. Afinal, o juízo de admissibilidade desse recurso de natureza extraordinária está sujeito a duplo controle, e a aferição da regularidade formal do apelo extremo feita pelo Tribunal a quo não vincula o Superior Tribunal de Justiça. Respeitados os limites legais, haverá nova análise quanto à admissibilidade recursal, mesmo quanto à parte inadmitida na origem.

4. A conexão instrumental, prevista no art. 76, III, do Código de Processo Penal, via de regra, não determina competência de modo absoluto nem impõe a reunião de processos. A definição de apreciação dos feitos pelo mesmo juízo e a união das persecuções penais devem ser analisadas de acordo com cada situação concreta.

5. Nas hipóteses de crimes de lavagem de capitais, há legislação especial

Acesso ao Sumário

que dispõe sobre a autonomia do processamento e do julgamento dos crimes da Lei n. 9.613/1998, e das infrações que os antecedem. Cabe ao juízo competente para apreciar os crimes de lavagem de dinheiro, decidir a respeito da união dos processos (art. 2º, II, do referido diploma legal), examinando caso a caso, com objetivo de otimizar a entrega da prestação jurisdicional. No ponto, aplicável a Súmula 7/STJ.

6. No julgamento do RHC n. 93.268/SP, a Sexta Turma não disse que estava estabelecida a competência da 21ª Vara Criminal de São Paulo para processar e julgar todos os crimes cometidos pelo grupo de pessoas envolvidas na chamada Máfia dos Fiscais, pois esse Juízo já teria apreciado os crimes antecedentes. Além disso, incide, no caso, a Súmula 235/STJ, segundo a qual a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.

7. O advento de sentença condenatória fulmina a tese de inépcia da denúncia. Não se pode falar em ausência de aptidão da peça acusatória nos casos em que os elementos carreados aos autos autorizam a prolação de condenação. Precedentes.

8. Diz a jurisprudência que o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro independem do processo e do julgamento das infrações penais antecedentes, nos termos do art. 2º, inciso II, da Lei n. 9.613/1998 (AgRg no HC n. 497.486/ES, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 22/8/2019). Afinal, o crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, tipificado no art. 1º da Lei n. 9.613/1998, constitui crime autônomo em relação às infrações antecedentes, não configurando, como pretende a defesa, mera conduta acessória ou post factum não punível (AgRg no HC n. 487.492/PR, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 4/6/2019). Nessa linha, da Sexta Turma, por exemplo, este julgado: RHC n. 94.233/RN, Ministro Nefi Cordeiro, DJe 3/9/2018.

9. Caso em que o Tribunal estadual, após a profunda análise do conjunto fático-probatório dos autos, chegou à conclusão de que ficou, sim, demonstrada a ocorrência de crimes antecedentes. No ponto, incide a Súmula 7/STJ.

(...)

(REsp 1829744/SP, Sexta Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. em 18/02/2020, DJe 03/03/2020, Grifos da reprodução)

Destarte, não restou configurada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção, na medida em que o Estado-juiz analisou com o devido cuidado as questões postas na exceção de incompetência, exteriorizando as razões de fato e de direito que o convenceram a rejeitar o incidente formulado pela defesa.

Ante o exposto, **DENEGA-SE A ORDEM**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2347112-52.2023.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que, é impetrado M. J. DA 1 V. C. - F. DE P. G..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A SEGURANÇA, RATIFICADA A LIMINAR DEFERIDA, para impor as seguintes medidas cautelares: (i) proibição de aproximar-se da vítima, fixando-se um limite mínimo de 300 metros de distância; (ii) afastamento do lar; (iii) proibição de contatar a vítima por qualquer meio de comunicação; e (iv) proibição de frequentar lugares habitualmente frequentados pela vítima tudo nos termos do artigo 22, inciso III, alíneas "a", "b" e "c", da Lei nº 11.340/2006. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.347)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO.

São Paulo, 15 de janeiro de 2024.

SILMAR FERNANDES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - INDEFERIMENTO DE CONCESSÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA - Palavra da vítima coesa e verossímil - Delitos perpetrados no âmbito doméstico que ocorrem às ocultas, na intimidade do lar conjugal - Vítima que elaborou boletim de ocorrência para comunicar que se encontra em situação de violência doméstica - Ademais, foram trazidas fotografias dos hematomas apresentados pela ofendida, suficientes a demonstrar a verossimilhança de suas alegações - Deferimento das medidas de urgência que independe de contraditório e instauração de inquérito policial, *ex vi* do artigo 22, inciso III, alíneas "a", "b" e "c", da Lei nº 11.340/2006 - Necessidade de preservação da integridade física e psíquica da vítima - Ofensa a direito líquido e certo evidenciada - SEGURANÇA CONCEDIDA, RATIFICADA A LIMINAR.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, em que se alegou que foi ferido direito líquido e certo nos autos nº 1564058-59.2023.8.26.0477.

Explicou o representante da Justiça Pública que os interessados vivem em união estável por 03 anos e não possuem filhos em comum, sendo que o autor, usuário de drogas e bebidas alcoólicas, na data dos fatos, discutiu com a vítima e a agrediu com chutes e socos, tapando sua boca e nariz, tentando asfixiá-la. Em seguida, disse-lhe que não a deixaria retirar seus pertences pessoais da casa e que iria matá-la.

Em face da prática de lesões corporais e ameaça no âmbito doméstico, a interessada acionou a polícia militar, afirmando que esta não foi a primeira agressão por ela sofrida, motivo pelo qual ofertou *notitia criminis* - apresentando fotografias das agressões sofridas (fls. 16/17).

Importante salientar que a Autoridade Policial atestou que a ofendida, no momento do registro da ocorrência, apresentava ferimentos visíveis (item 14, fls. 08).

Em decorrência dos fatos, a ofendida pleiteou a concessão de medidas protetivas de urgência - as quais contaram com a anuência ministerial, no sentido de que fossem concedidas as medidas protetivas *"...previstas no artigo 22, inciso III, alíneas "a" (proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor), "b" (proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação), e "c" (proibição de frequentar lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida, dentre os quais o local de trabalho da ofendida)..."* (fls. 22).

Contudo, o d. Juízo *a quo* indeferiu o pleito, porquanto incipiente as investigações e, ainda, o relato foi fulcrado somente na palavra da vítima (fls. 25/26).

Diante disso, pugnou, liminarmente, pelo deferimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos *a, b* e *c,* inciso III, do artigo 22, da Lei nº 11.340/2006 - sendo que, ao julgamento final do presente *writ*, requereu a ratificação da medida.

Deferida a liminar em sede de plantão judiciário (fls. 33/35), foram dispensadas informações a serem apresentadas pela d. autoridade impetrada e, ao final, a d. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela concessão da Segurança, confirmando-se a liminar deferida (fls. 42/46).

É O RELATÓRIO.

2. De rigor a concessão da segurança, ratificada a liminar deferida.

Justifico.

Segundo se extrai da Impetração e documentos a ela acostados, os inte-

Acesso ao Sumário

ressados convivem em união estável há 03 anos e não possuem filhos em comum. A vítima informou que o autor é usuário de drogas e bebidas alcóolicas e, na data dos fatos, discutiu com ela e a agrediu com chutes e socos, tapando sua boca e nariz, tentando asfixiá-la. Em seguida, declarou que o autor lhe disse que não a deixaria retirar seus pertences pessoais e que irá matá-la. Em razão disso, a ofendida acionou a polícia militar, esclarecendo que esta não foi a primeira agressão por ela sofrida. Não bastasse, a vítima juntou aos autos fotografias das lesões, em que são visíveis os hematomas. Consta dos autos que o ofensor já foi preso criminalmente e já houve comunicação à Polícia de fatos anteriores envolvendo as partes.

Em face dos acontecimentos, a vítima compareceu em solo policial, ofertando *notitia criminis* e pleiteando a concessão de medidas protetivas de urgência - as quais constaram com a concordância ministerial (fls. 21/23).

O d. Juízo Impetrado rechaçou o pleito, porquanto *"Da leitura das peças dos autos, evidencia-se a ausência dos requisitos ensejadores da medida cautelar ora pleiteada, eis que não há elementos instrutórios suficientes a fundamentar o pedido, que se encontra embasado apenas na versão unilateral e sintética da suposta vítima, através de mero BO, não havendo sequer laudo pericial, a oitiva de testemunhas ou do próprio autor dos fatos... Assim, por ora, desaconselhável a concessão do pedido..."* (fls. 26).

Essa, a decisão que supostamente ofendeu direito líquido e certo da vítima C..

E, respeitado o entendimento do Magistrado de piso, com absoluta pertinência.

Explico.

Nos crimes cometidos no âmbito doméstico, como cediço, a palavra da vítima, desde que verossímil, é relevante - e é o quanto basta para o deferimento de medidas protetivas de urgência.

Sob esse prisma, registro que o boletim de ocorrência (fls. 14/16) e as declarações da ofendida em solo policial (fls. 13) indicam, **EM TESE**, ainda que indiciariamente, a prática de infrações penais pelo interessado Frederico.

Destarte, conforme já decidiu esta Colenda Câmara em caso análogo, no qual integrei a Turma Julgadora, *"...Assim, constatada a ocorrência, em tese, de 'violência doméstica e familiar contra a mulher' (art. 12, caput, da Lei n° 11.340, de 7 de agosto de 2.006) e havendo expresso 'pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência' (art. 12, inciso III, do mesmo diploma legal), não há qualquer óbice legal à decretação, pela Douta Autoridade indicada como coatora, das cautelas ora vergastadas, as quais, aliás, se encontram integralmente amparadas pelas expressas disposições do art. 22, caput e inciso III, da Lei em comento..."* (*Habeas Corpus* nº 2157941-52.2018.8.26.0000; Relator Des. Amaro Thomé; Data do Julgamento:

Acesso ao Sumário

06/09/2018; Data de Registro: 14/09/2018).

Não olvidemos que as medidas protetivas de urgência foram instituídas pela Lei nº 11.340/2006 para salvaguardar a mulher em situação de violência - no citado ordenamento estabelecida em amplo espectro, abrangendo não somente a *vis corporalis*[1] - doméstica e familiar - objetivando que, em escalada em face da total ausência de freios, a ofendida ingresse na nefasta estatística de feminicídio.

É dever do Poder Judiciário, adotando as medidas de cautela necessárias, a busca de se evitar esse trágico deslinde.

Desse modo - repiso -, apresentando a vítima relato coerente da ocorrência de violência doméstica, a denominada Lei Maria da Penha lhe assegura a **concessão** de medidas protetivas - sendo que seu deferimento independe de contraditório e até mesmo de instauração de inquérito policial; ora, *"Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar,* ***de imediato****, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras..."* (art. 22 - sem destaques no original).

Cito, pela pertinência, julgados desta Colenda Câmara sobre o tema:

"MANDADO DE SEGURANÇA - Medidas protetivas indeferidas - Palavra da vítima segura e coesa - Necessidade de medidas protetivas para preservar a integridade física da vítima - SEGURANÇA CONCEDIDA, RATIFICADA A LIMINAR" (Mandado de Segurança Criminal 2024125-66.2021.8.26.0000; Relator (a): Fátima Gomes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Praia Grande - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 09/03/2021; Data de Registro: 09/03/2021).

"MANDADO DE SEGURANÇA - Violência Doméstica. Indeferimento da concessão de medidas protetivas de urgência, com base na Lei 11.340/06. Ministério Público impetra o presente mandamus visando à concessão de medidas protetivas em favor de vítima de violência doméstica. Possibilidade parcial. Tratando-se de violência doméstica, as declarações da ofendida assumem especial relevância, a justificar a aplicação das seguintes medidas protetivas de urgência previstas no artigo 22, inciso III, alíneas a, b e c, da Lei nº 11.340/06. Contudo, havendo notícias de que o ofensor não reside mais com a vítima, inviável aplicar a medida protetiva prevista no artigo 22, inciso II, da Lei 11.340/06. Segurança parcialmente concedida. (Mandado de Segurança Criminal 2236034-97.2016.8.26.0000; Relator (a): Andrade Sampaio; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Praia Grande - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 27/07/2017; Data de Registro: 02/08/2017).

1 *"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...".*

Acesso ao Sumário

Por obviedade plena, tais medidas - como cautelares que são, sem juízo de valor algum sobre a eventual culpabilidade do interessado Frederico - estão sujeitas a revisão e revogação a qualquer tempo.

Destarte, evidenciada ofensa ao direito líquido e certo da interessada, de rigor a convalidação da liminar deferida às fls. 33/35, para impor as seguintes medidas cautelares: **(i)** proibição de aproximar-se da vítima, fixando-se um limite mínimo de 300 metros de distância; **(ii)** afastamento do lar; **(iii)** proibição de contatar a vítima por qualquer meio de comunicação; e **(iv)** proibição de frequentar lugares habitualmente frequentados pela vítima, sob pena de o autor ter decretada sua prisão preventiva no caso de descumprimento de qualquer uma das medidas - tudo nos termos do artigo 22, inciso III, alíneas "a", "b" e "c", da Lei nº 11.340/2006.

3. Ante o exposto, pelo meu voto, **CONCEDO A SEGURANÇA, RATIFICADA A LIMINAR DEFERIDA**, para impor as seguintes medidas cautelares: **(i)** proibição de aproximar-se da vítima, fixando-se um limite mínimo de 300 metros de distância; **(ii)** afastamento do lar; **(iii)** proibição de contatar a vítima por qualquer meio de comunicação; e **(iv)** proibição de frequentar lugares habitualmente frequentados pela vítima - tudo nos termos do artigo 22, inciso III, alíneas "a", "b" e "c", da Lei nº 11.340/2006.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0004287-54.2023.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é recorrente CARLOS CESAR LOPES DE OLIVEIRA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentaram oralmente os advogados, drª Rita de Cássia Barbosa e dr. Luís Donizetti Luppi; e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, dr. Valter Foletto Santin, que se manifestou pelo improvimento do recurso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.666)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LAERTE MARRONE e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 14 de dezembro de 2023

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Recurso em sentido estrito. Difamação em face de funcionário público no exercício de suas funções. Retratação. Art. 143 do CP. Inaplicável em ação penal pública condicionada à representação. Precedentes. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por **Carlos Cesar Lopes de Oliveira** contra a r. decisão de fls. 06/08, que não extinguiu a punibilidade pela retratação.

Sustenta, em síntese, a aplicabilidade do artigo 143 do Código Penal e a possibilidade de retratação em ação penal pública condicionada à representação em face de funcionário público. Pleiteia, então, o reconhecimento da retratação (fls. 01/05).

O recurso foi contra-arrazoado (fls. 33/36), tendo a vítima se manifestado (fls. 40/46). A r. decisão hostilizada foi mantida (fl. 54).

Remetidos os autos a essa instância recursal, a douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer posicionando-se pelo desprovimento do recurso (fls. 69/73).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Infere-se dos autos que o recorrente, juntamente com *Celso Salvador*, nos autos originários nº 1512216-35.2021.8.26.0566, foi denunciado como incurso no artigo 139, *caput*, c.c. artigo 141, inciso II e § 2º, c.c. artigo 145, parágrafo único, todos do Código Penal, tendo em vista que, no dia 02 de setembro de 2021, fazendo uso de meio que facilitou a divulgação das suas palavras (aplicativo *Whatsapp* e internet), teria difamado, ofendendo a honra objetiva da vítima, do vereador *Luís Carlos Fernandes da Cruz*, em razão de sua função, imputando-lhe fatos ofensivos a sua reputação (cf. fls. 165/169 dos autos de origem).

A denúncia foi recebida em 08/08/2020 (fls. 170/171 dos autos de origem). Em 02/06/2023 o recorrente apresentou retratação (fls. 250/251), a qual não foi acolhida pelo Juízo *a quo*.

O artigo 143 do Código Penal dispõe que *"O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena."*, de modo que inaplicável referido dispositivo legal aos casos de ação penal pública condicionada à representação, porquanto o termo "querelado" é expressão própria da ação penal privada.

Dessa forma, a despeito das alegações do recorrente, não há que se falar em retratação no presente caso, tendo em vista que o instituto somente é cabível em ação penal privada, sendo inaplicável em caso de ação penal pública condi-

Acesso ao Sumário

cionada à representação, tal como a presente hipótese.

Por outras palavras, não cabe retratação quando os crimes de calúnia e difamação forem praticados contra a honra de funcionário público, no presente caso vereador, no exercício das suas funções e a ação penal tenha iniciado por denúncia oferecida pelo Ministério Público e não por queixa-crime.

Confira-se a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 138 DO CÓDIGO PENAL - CP. CALÚNIA. ART. 139 DO CP. DIFAMAÇÃO. ART. 140 DO CP. INJÚRIA. ART. 141, II, DO CP. CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO, EM RAZÃO DE SUAS FUNÇÕES. 1) PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 141, II, DO CP. DELITO COMETIDO CONTRA MAGISTRADO EM RAZÃO DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. CABIMENTO. ÓBICE DO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO, VEDADO CONFORME SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. 3) VIOLAÇÃO AO ART. 143 DO CP. RETRATAÇÃO. CABÍVEL APENAS EM AÇÃO PENAL PRIVADA. 4) VIOLAÇÃO AO ART. 71 DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO STJ. 5) APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CP, INCLUÍDO PELA LEI N. 13964/2019. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. 6) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. "A decisão monocrática proferida por Relator não afronta o princípio da colegialidade e tampouco configura cerceamento de defesa, ainda que não viabilizada a sustentação oral das teses apresentadas, sendo certo que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, como ocorre na espécie, permite que a matéria seja apreciada pela Turma, o que afasta absolutamente o vício suscitado pelo agravante" (AgRg no HC 485.393/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/3/2019). 2. A causa de aumento do art. 141, II, do CP, se aplica para o delito cometido contra funcionário público em razão do exercício de suas funções, sendo que o afastamento da sua incidência constatada pelo Tribunal de origem esbarra no óbice da Súmula n. 7 do STJ. 3. A isenção de pena para os delitos de calúnia e de difamação prevista no art. 143 do CP em razão de retratação antes da sentença se aplica para querelado (ação penal privada), não alcançando delitos contra a honra processados mediante requisição ou representação do ofendido (art. 145, parágrafo único, do CP). 4. Para se afastar o concurso material e acolher o pleito de reconhecimento da continuidade delitiva, necessário o revolvimen-

Acesso ao Sumário

to fático-probatório, vedado conforme Súmula n. 7 do STJ. 5. Descabida a aplicação retroativa do instituto mais benéfico previsto no art. 28-A do CP (acordo de não persecução penal) inserido pela Lei n. 13.964/2019 quando a persecução penal já ocorreu, estando o feito sentenciado, inclusive com condenação confirmada por acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no caso em tela. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.860.770/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 1/9/2020, DJe de 9/9/2020.)

Nesse mesmo sentido, já decidiu esta Egrégia Corte de Justiça em outras oportunidades:

Difamação - Decisão condenatória - Recurso da defesa requerendo absolvição por ausência de dolo em praticar o crime de difamação e reconhecimento da retratação feita pelo autor e, subsidiariamente, a fixação da pena no mínimo legal, regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Provas isentas e francamente incriminadoras, comprovando a autoria delitiva, consubstanciadas nas declarações da vítima e no documento acostado aos autos - Dolo configurada pela prova produzida nos autos - Impossibilidade de retratação - Instituto que só é possível nas ações penais privadas, não cabendo na hipótese de ação penal pública condicionada à representação - Reforma na pena - Condenação pelo art. 139 do CP, com dosimetria feita com base no art. 138 do CP - Pena base fixada no mínimo legal - Corretamente sopesada a confissão com a multirreincidência, dando-se mais valor ao último aspecto - Adequadamente reconhecida a causa de aumento de crime cometido contra funcionário público, por razões de sua função - Ausência de recurso ministerial em relação ao quantum de aumento na segunda fase, a majorante de crime cometido por meio de redes sociais e regime aberto fixado para cumprimento - Impossibilidade de substituição da pena restritiva de direitos, ante a reincidência do acusado - Negado provimento - Reforma da pena de ofício. (TJSP; Apelação Criminal 1500147-45.2021.8.26.0315; Relator (a): Fernando Simão; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Laranjal Paulista - 1ª Vara; Data do Julgamento: 23/08/2023; Data de Registro: 23/08/2023)

Apelação. Calúnia e difamação. Sentença Condenatória. Recurso de ambas as partes. Defesa requer preliminarmente, a extinção da punibilidade pela retratação. No mérito, requer a decretação de improcedência da ação penal, com a absolvição do réu pelos delitos a ele imputados. Ministério Público requer o reconhecimento

Acesso ao Sumário

da reincidência. Preliminar. Retratação incabível em ação penal pública (crime contra funcionário público no exercício de suas funções). Conduta e autoria comprovadas. Confissão do réu corroborada pelas declarações da vítima e pelos documentos juntados. Condenação que, contudo, merece ser revertida. Não demonstração de dolo específico nas críticas acerbas dirigidas pelo acusado ao ofendido. Condenação do acusado a reparar o dano que já dá a resposta devida (vide art. 5º, V e X da CF fragmentariedade do direito penal). Responsabilização civil que não se confunde com a penal e que torna, nas circunstâncias, esta última desnecessária. Homem público. Proteção da honra mais débil que a do homem comum. Necessidade de maior tolerância com o dissenso e com a crítica acrimoniosa, em especial quando advindos da imprensa e da cidadania por meios assemelhados. Ambiente político. Incursão que implica a aceitação de maior grau de exposição e crítica. Precedente: STF, HC 78.426, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 6/03/1999. Maior liberdade que se deve conferir à imprensa e à cidadania quando no exercício da crítica voltada à cobrança de comportamento probo de homem público que trata de interesse comum e que deve se sujeitar, pois, ao ônus da visibilidade decorrente disso ('valor social da visibilidade'). Recurso da defesa provido para decretar a absolvição do réu com fulcro no art. 386, VII, CPP. Prejudicado o recurso do MP. (TJSP; Apelação Criminal 0011054-85.2014.8.26.0320; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Limeira - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 03/11/2020; Data de Registro: 03/11/2020)

APELAÇÃO CRIMINAL - CALÚNIA E DIFAMAÇÃO - Sentença Condenatória - Defesa requer preliminarmente, a extinção da punibilidade pela prescrição, ou alternativamente, pela retratação. No mérito, requer a decretação de improcedência da ação penal, com a absolvição da ré pelos delitos a ela imputados e, subsidiariamente, aplicação de causas atenuantes e de diminuição de pena cabíveis à apelante - Impossibilidade - Consumação da prescrição não verificada - Retratação não comprovada, ademais incabível em ação penal pública (crime contra funcionário público no exercício de suas funções - Materialidade e Autoria comprovadas - Confissão da ré corroborada pelas declarações da vítima e pelos documentos juntados - Condenação mantida - Pena corretamente calculada - Atenuante da confissão não aplicada em respeito à Súmula 231 do C. STJ - Causas de aumento do artigo 141, incisos

II e III, do Código Penal comprovadas e corretamente aplicadas - Causa de aumento do artigo 70 do Código Penal (concurso formal) em aplicada - Mantida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (artigo 44 do CP) - Regime inicial aberto para o caso de descumprimento - RECURSO IMPROVIDO (TJSP; Apelação Criminal 0003987-39.2012.8.26.0094; Relator (a): Márcio Eid Sammarco; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Brodowski - Vara Única; Data do Julgamento: 04/10/2018; Data de Registro: 05/10/2018)

PENAL. APELAÇÃO. CRIMES CONTRA A HONRA. CALÚNIA. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. 1) Reconhecimento, em primeiro grau, de extinção da punibilidade depois da interposição do recurso. Prejudicado. Noticiada a superveniência de decisão que, após a prolação de sentença penal, passada em julgado para a Justiça Pública, declara extinta a punibilidade do agente em face da prescrição da pretensão punitiva, resta prejudicado, por perda superveniente do objeto, o apelo tirado contra o édito condenatório. 2) Litispendência. Inexistente. Texto manuscrito, inicial, injurioso, que ensejou ação própria. Ato posterior, de petição, em que se efetivou conduta de calúnia, que resultou nesta ação. Distinção evidente. 3) Absolvição. Descabimento. Ainda que não seja advogado, o estagiário (ou "assessor", independente da denominação, desde que haja um vínculo profissional) que dolosamente elabora peça contendo afirmações caluniosas, comete o crime em coautoria com o profissional signatário (que a assinou e protocolizou), mormente se este não precedeu a revisão da peça, assumindo o risco de produzir o resultado. Elaboração da peça que consiste na prática do delito, consumado com a protocolização da peça. Teoria da equivalência dos antecedentes causais (art. 13, do CP). Crime, no caso, que não deixou vestígios, dispensando-se perícia, surgindo suficiente outros meios de prova existentes, como confissão e indicação do corréu. 4) Retratação. Inexistência. A retratação, prevista no art. 143 do CP, tem sua aplicabilidade restrita à ação penal de iniciativa privada. Tratando-se de ação penal cuja iniciativa é pública condicionada à representação (art. 145, p. único, do CP), ela é incabível. Precedentes. Prejudicado em relação a NELSON e negado provimento em relação a GIANCARLO. (TJSP; Apelação Criminal 0008407-16.2011.8.26.0032; Relator (a): Alcides Malossi Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Araçatuba - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/09/2016; Data de Registro: 20/09/2016)

Acesso ao Sumário

Recurso em Sentido Estrito - Insurgência Ministerial pugnando pela cassação da decisão que extinguiu a punibilidade da acusada, que ofendeu a honra de funcionária pública, em virtude da retratação da ofendida – Acolhimento - Necessidade - Recurso provido. (TJSP; Recurso em Sentido Estrito 0098453-31.2010.8.26.0050; Relator (a): Ivo de Almeida; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 20ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 14/03/2016; Data de Registro: 18/03/2016)

Registra-se, ainda, que o precedente lançado pelo recorrente nas razões recursais - AgRg no Inquérito 4.631 do Supremo Tribunal Federal - em nada se relaciona com a matéria aqui debatida, pois naqueles autos houve a rejeição da denúncia por ausência de justa causa e não pelo reconhecimento de retratação.

Mantém-se, portanto, a r. decisão recorrida e o prosseguimento da ação penal.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0000996-70.2022.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido JEAN PIERRE FARIAS CUNHA.

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 29.849)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MENS DE MELLO (Presidente) e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 13 de dezembro de 2023.

IVANA DAVID, Relator

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA A DECISÃO QUE DEFERIU PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, COM CONDIÇÕES. DESCABIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - DECISÃO ATACADA QUE EXPÔS MOTIVAÇÃO BASTANTE, ANOTANDO-SE QUE OS FATOS SE DERAM HÁ MAIS DE UM ANO, TEMPO EM QUE

Acesso ao Sumário

O RECORRIDO ENCONTRA-SE SOLTO, SEM QUALQUER INTERCORRÊNCIA - EVIDENTE A FALTA DE CONTEMPORANEIDADE DA MEDIDA - DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR NESTA INSTÂNCIA QUE NÃO SE MOSTRA VIÁVEL PORQUE AUSENTES OS SEUS PRESSUPOSTOS, RESSALVADA A POSSIBILIDADE DO DECRETO PRISIONAL POR PARTE DO JUÍZO 'A QUO' - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra a decisão (fls. 31) proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Claudio Juliano Filho, que concedeu ao réu **JEAN PIERRE FARIAS CUNHA** liberdade provisória impondo medidas diversas da prisão, consistentes em recolhimento domiciliar noturno (22hs as 06hs) e comparecimento obrigatório a todos os autos do processo.

Em suma, o recorrente afirma que se impunha no caso a decretação da prisão preventiva do acusado porquanto presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, salientado que o réu teve a prisão cautelar mantida por ocasião da denúncia (fls. 26/27) e diante de um novo pedido da defesa, a liberdade provisória foi concedida, sem que houvesse qualquer alteração fática que ensejasse o citado benefício. Requer a decretação da prisão preventiva (fls. 01/09).

Contrariado o recurso (fls. 12/21) e mantida a decisão em juízo de retratação (v. fl. 35), o Defesa se opõe ao julgamento virtual (fls. 42), manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento (fls. 45/48), vindo os autos conclusos a esta em 27 de julho de 2023.

É o relatório.

Pesem os relevantes argumentos, não merece acolhida o recurso, cabendo breve relato e alguma digressão.

JEAN PIERRE FARIAS CUNHA, ora recorrido, foi denunciado e pronunciado pela prática de homicídio qualificado, porque, segundo consta da denúncia, no dia 15 de abril de 2022, por volta de 20h horas, na Praça da República, 309, São Paulo, teria agido com evidente "animus necandi" e, mediante golpe desferido com uma faca, matou Sérgio Drummond Alves, causando-lhe os ferimentos que foram o motivo de sua morte.

Segundo consta, a vítima Sérgio estava na Praça da República companhia de sua mulher Ana Carolina da Silva Ferreira e de sua filha de 03 anos de idade. Sentindo-se apertada e não tendo banheiro próximo, buscou urinar na via públi-

Acesso ao Sumário

ca, ao lado de um veículo (Fiat Uno, cor prata, placas HAV-5995-SP).

O pai do indiciado que passava pelo local com o filho e a mulher, lhe chamou a atenção por urinar no local, havendo breve discussão, momento em que o indiciado que estava próximo, inopinadamente e sem que a vítima percebesse, porque discutia com seu genitor, sacou de uma faca que trazia consigo e lhe desferiu violento golpe no tórax.

Em seguida, gravemente ferida a vítima, o indiciado e seus familiares partiram em fuga do local, sendo que populares avisaram policiais militares que foram em seus encalços e os detiveram.

Socorrida à Santa Casa de Misericórdia de São Paulo a vítima faleceu.

O indiciado agiu impelido por fútil motivação, golpeando-a no tórax por discussão havida por ter o ofendido urinado na via pública e de molde a impossibilitar a defesa da vítima, golpeando-a inopinadamente, e sem que percebesse, porque discutia com seu genitor, não tendo como esperar o ataque ou dele se defender.

O recorrido foi preso em flagrante e a prisão foi convertida em preventiva em audiência de custódia (fls. 44/45). A denúncia foi recebida (fls. 100/101) e o pedido de revogação da prisão preventiva acabou sendo indeferido (fls. 213).

Em 15 de agosto de 2022, o Magistrado deferiu pedido de liberdade provisória, nos seguintes termos:

Em que pese a gravidade em abstrato da conduta supostamente cometida, em nova análise dos elementos de convicção até então colhidos e em estrita análise compatível com a presente fase processual, entendo não haver o grau de periculosidade que exige a custódia cautelar do acusado, cabendo, para continuar a garantir a ordem pública e a eventual aplicação da lei penal, aplicar medidas cautelares alternativas. Com efeito, trata-se de indivíduo absolutamente primário, sem envolvimento anterior com qualquer tipo de ilícito, pelo contrário, sempre exerceu atividade lícita, presumindo-se que se cumpridas tais medidas não voltará a praticar conduta tipificada no Código Penal. Ante o exposto, DEFIRO o pedido de liberdade provisória, mediante o recolhimento domiciliar noturno (22:00 às 06:00hrs), bem como comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, medida(s) que descumprida(s) implicará na revogação sumária do benefício ora concedido. Expeça-se alvará de soltura (fls. 31).

Determinada a expedição de alvará de soltura, a qual foi cumprido em 16 de agosto de 2022 (fls. 258, dos autos principais).

Impossível desconsiderar o desdobramento processual, ou seja, o fato se deu em 15/04/2022, o réu foi preso em flagrante, convertida em preventiva e permaneceu preso, até 16/08/2022, porquanto foi deferida a liberdade provisória, com condições.

Em consulta agora efetuada ao sistema **'e-SAJ'** de andamentos, vê-se que o recorrido foi pronunciado em 11/11/2022, a Defesa interpôs recurso em senti-

Acesso ao Sumário

do estrito, o qual por votação unânime teve negado provimento, em 23/08/2023 (fls. 383/388).

Nota-se que não havendo notícia do descumprimento das condições impostas para a concessão da benesse, tampouco envolvimento em outros atos delituosos e, ainda, tratando-se de réu primário, o benefício deve ser mantido, porquanto, o artigo 312, §2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 13.964/19, exige a presença de ***fatos novos*** ou ***contemporâneos*** que justifiquem a decretação da prisão preventiva, o que não se verifica na hipótese.

Destarte, não havendo alteração da situação fática, descabida agora a decretação da prisão preventiva, ressalvada a possibilidade do decreto prisional por parte do MM. Juízo *a quo*, caso de vislumbre tal necessidade.

Cabendo assim a manutenção do r. *decisum* recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso em sentido estrito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso Em Sentido Estrito nº 0009424-89.2016.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente WASHINGTON GABRIEL DA SILVA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso, mantendo, integralmente, a respeitável decisão de primeiro grau. V.U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor Público Aluisio Iunes Monti Ruggeri Re, e usou a palavra o Exmo. Procurador Dr. Afonso Presti.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.104)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente) e GILBERTO CRUZ.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2024.

TOLOZA NETO, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DE VIABILIDADE DA TESE ACUSATÓRIA. IN DUBIO PRO SOCIETATE. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. MANUTENÇÃO DAS QUALIFICADORAS. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

1. A decisão de pronúncia constitui mero juízo de admissibilidade da acusação e se restringe à verificação de eventual viabilidade das teses acusatórias, sem, porém, adentrar o mérito da causa. Justamente por isso, nesta fase processual, eventual desclassificação nos termos do art. 419, CPP, somente seria possível quando inexistisse qualquer indício de que o réu praticou um crime doloso contra a vida, o que não se verifica no presente caso. Nos demais casos, coexistindo teses acusatórias e defensivas igualmente viáveis, sua apreciação deverá ser realizada pelo Tribunal do Júri juiz natural da causa (STJ. AgRg no REsp 1730559/RS).
2. "O deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, especificamente, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, fica reservado ao Tribunal do Júri, juiz natural da causa, onde a defesa poderá desenvolver amplamente a tese contrária à imputação penal" (STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp n. 1.240.226/SE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 20/10/2015).
3. As qualificadoras, igualmente, somente poderão ser afastadas quando se revelarem manifestamente improcedentes ou descabidas (STJ. AgRg no AREsp n. 2.142.224/MG; AgRg no AREsp nº1.609.922/RS; HC 406.869/RS).
4. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto contra decisão prolatada pelo MM. Juiz Roberto Zanichelli Cintra, que, nos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal, pronunciou **Washington Gabriel da Silva** como incurso no artigo 121, § 2º, incisos II e III, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, por ter tentado matar a vítima Jéssica Teixeira de Oliveira, mediante atropelamento com o veículo automotor que conduzia, causando-lhe ferimentos, não se consumando o crime por circunstâncias alheias a sua vontade.

O recorrente, em razões de recurso, requer a desclassificação do crime de homicídio doloso qualificado tentado, afirmando que o atropelamento foi mero acidente, e, subsidiariamente, o afastamento das qualificadoras relativas ao motivo fútil e meio cruel, reconhecidas na decisão de pronúncia.

Em contrarrazões, o Ministério Público requer o desprovimento do re-

Acesso ao Sumário

curso.

Pelo despacho de fls. 456, foi mantida a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

O Procurador de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Passo a fundamentar meu voto.

A materialidade do crime está provada pelo boletim de ocorrência de fls. 05/08, pelo auto de reconhecimento fotográfico de fl. 26, pelo laudo de exame de corpo de delito de fls. 46/54, pelo laudo de exame pericial do local dos fatos de fls. 81/84 e pela prova oral colhida nos autos.

A vítima Jéssica Teixeira de Oliveira, em Juízo, declarou que, na noite dos fatos, chegou a um bar com uma amiga e estacionou sua moto. O recorrente, então, passou dirigindo seu carro, um Uno Branco, sendo que, de dentro do automóvel, foi arremessada uma lata de cerveja. A amiga da declarante xingou o recorrente. Imediatamente, o recorrente e a namorada dele pararam do veículo, desceram e foram até onde a declarante e a amiga estavam. A namorada do recorrente passou a discutir com a amiga da declarante, que logo evoluiu para uma briga. Outras pessoas que estavam passando na rua também passaram a bater na sua amiga. A depoente também passou a brigar com a namorada do recorrente, a qual conseguiu se desvencilhar, entrando no carro. A declarante seguiu-a, passando a xingá-la pela janela do veículo, que estava fechada. O recorrente entrou no carro, no banco do motorista, e ligou o motor. A declarante prostrou-se na frente do automóvel, quando o recorrente acelerou o veículo. Então, a declarante bateu no capô do carro, e subiu nele. Em seguida, o recorrente acelerou o veículo e freou bruscamente, derrubando a declarante ao chão na frente do automóvel. Enquanto estava caída no chão, ele acelerou novamente, passando por cima da declarante, causando seu atropelamento. A declarante ficou presa embaixo do automóvel, tendo sido arrastada por aproximadamente 500 metros. Minutos depois desmaiou e só acordou no hospital.

A testemunha Adilson José da Silva, ouvido apenas na fase policial, afirmou que houve um desentendimento entre a vítima, o recorrente e outras pessoas por conta de uma lata de cerveja que teria sido arremessada pelo recorrente de dentro de um veículo. Em razão disso, teve início uma discussão, inicialmente com Emerson que conduzia o veículo do qual foi arremessada a lata, e, em seguida, o recorrente retornou ao local, conduzindo outro automóvel, na companhia de uma mulher. A discussão se intensificou. Durante a discussão, o recorrente retornou ao veículo para se evadir, mas a vítima e outras pessoas colocaram-se na frente, pedindo para que ele saísse para conversarem. Porém, o recorrente acelerou o veículo contra as pessoas que faziam o bloqueio vindo a atingir a vítima, que foi arrastada por aproximadamente 500 metros. Ao perceberem que a vítima estava presa no veículo e sendo arrastada, todos alerta-

Acesso ao Sumário

ram o recorrente, que, mesmo assim, não parou. Acrescentou que presenciaram quando, no cruzamento da Rua Titan com a Rua Lua, Jéssica se desprendeu do veículo que ainda passou sobre suas pernas, justificando as fraturas.

No mesmo sentido, o depoimento da testemunha Bruna Beguelo de Souza, quando inquirida na fase policial.

A testemunha Ana Carolina Bittencurt Rodrigues, inquirida apenas na fase do inquérito policial (fls. 75/76), afirmou que, na época dos fatos, vivia maritalmente com o recorrente Washington, que não era habilitado. No dia dos fatos, a depoente e o recorrente fizeram uso excessivo de bebidas alcoólicas. Foram ao bar onde a vítima se encontrava, para comprar umas porções. Nesse trajeto, o recorrente estava no carro de Emerson, ao passo que a depoente estava no veículo de um amigo. Não viu ninguém arremessando lata de cerveja em direção de qualquer pessoa. Porém, ao perceberem que algumas meninas estavam xingando, por terem supostamente sido atingidas pela tal lata de cerveja, a depoente, assim como Emerson e os demais, resolveram não parar ali naquele momento. Tempos depois, retornaram àquele local. Estavam no Fiat/Uno da tia da depoente, sendo que era o recorrente quem conduzia o veículo, estando o filho do casal presente. Após alguns minutos, iniciou-se uma discussão entre a depoente e outras meninas, ainda sobre a lata de cerveja. O recorrente tentou separar aquela confusão, pedindo para a depoente voltasse para o carro, o que foi feito. Já estando o recorrente no assento do motorista, vieram a ser cercados pelas pessoas, impedindo que partissem dali. O recorrente apavorou-se e saiu dali em alta velocidade, vindo a atingir a vítima que estava bem na frente do carro. A depoente estava no banco do passageiro no momento do atropelamento, mas *"não o teria presenciado, somente verificando um pouco depois, pelo retrovisor, que a vítima estaria caída no solo; até então enquanto o carro se deslocava a declarante ouviu um barulho vindo debaixo do veículo, acreditando que o pneu estivesse estourado"* (sic). O recorrente, por estar assustado, não prestou qualquer tipo de socorro à vítima. Também não procurou registrar o fato, seja junto à Polícia Militar, seja junto à Polícia Civil.

O recorrente não foi ouvido na fase do inquérito policial, por não ter sido encontrado.

Em Juízo, apesar de citado pessoalmente (fl. 149) e intimado pessoalmente (fl. 374), não compareceu no dia designado para seu interrogatório, deixando de prestar sua versão sobre os fatos.

Analisando-se os elementos de prova colhidos ao longo da fase do sumário da culpa, verifica-se que existem indícios suficientes para submeter o recorrente ao julgamento pelo Tribunal do Júri, motivo pelo qual deve ser mantida a r. decisão de pronúncia.

A decisão de pronúncia apenas encerra um juízo de admissibilidade da acusação e permite o julgamento do réu pelo Tribunal do Júri, que detém com-

Acesso ao Sumário

petência constitucional para a apreciação e o julgamento da causa.

Trata-se de decisão que se restringe à verificação da eventual viabilidade das teses acusatórias, sem, porém, adentrar o mérito da causa, limitando-se a mero juízo de prelibação.

Justamente por isso, nesta fase processual, eventual desclassificação da conduta imputada e subtração dos jurados de sua competência natural somente seria possível se não houvesse indício algum de ter o réu praticado um crime doloso contra a vida, o que, conforme melhor explicitado adiante, não ocorre no caso dos autos.

"A pronúncia do réu para o julgamento pelo Tribunal do Júri não exige a existência de prova cabal da autoria do delito, sendo suficiente, nessa fase processual, a mera existência de indícios da autoria, devendo estar comprovada, apenas, a materialidade do crime, uma vez que vigora o princípio in dubio pro societate" (STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1730559/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 02/04/2019).

"Na fase do 'judicium accusationis' basta a demonstração dos requisitos da materialidade e autoria delitivas para a pronúncia. Havendo dúvida sobre o elemento animador da conduta do acusado, cabe ao Juiz Natural dirimi-la" (RT 752/645).

"Pronúncia. Pretensão à subtração de julgamento pelo Júri - Inadmissibilidade por inexistir prova inequívoca a favor dos acusados - Competência do Conselho de Sentença para dirimir as controvérsias, optando por uma das teses conflitantes. (...) A pronúncia tem por base o convencimento do Juiz quanto à materialidade do crime e a presença de elementos probatórios que apontem para a provável autoria do réu, dispensando-se a análise do mérito com o fim de resguardar-se a competência do Conselho de Sentença, ao qual caberá dirimir as controvérsias, optando por uma das teses conflitantes; assim, somente quando inequívoca a prova a seu favor, devem os acusados ser subtraídos ao julgamento pelo Júri" (RT 750/608-609).

Há indícios de que o recorrente Washington, de fato, atropelou a vítima Jéssica, tendo acelerado o veículo Fiat/Uno, no momento em que ela estava na frente do carro, além de tê-la arrastado por cerca de 500m, mesmo sob a advertência de populares que ali se encontravam e, quando a vítima se desprendeu do carro conduzido pelo recorrente, este ainda passou sobre as pernas dela.

O questionamento, pela Defesa, do constante na r. decisão de primeiro grau, de haver *"dúvidas acerca de um eventual impulso involuntário e instintivo de defender sua família"*, alegando que, por estar com seu filho pequeno no carro, há certeza de que o recorrente agiu assim motivado, não pode ser afastado com a certeza necessária para demover sua pronúncia.

Isso porque, o recorrente conduzia o veículo sem estar devidamente habilitado e, conforme sua ex-companheira e mãe da criança, estava embriagado.

Acesso ao Sumário

Além do mais, durante a confusão, o casal saiu do automóvel, deixando o infante sozinho.

Ambas as teses devem ser levadas à apreciação do Tribunal do Júri, juiz natural da causa.

"A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça está sedimentada no sentido de que "[...] o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, especificamente, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, fica reservado ao Tribunal do Juri, juiz natural da causa, onde a defesa poderá desenvolver amplamente a tese cont1.240.226/SE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 26/10/2015)" (STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp n. 1.703.242/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 14/9/2021).

Ademais, as qualificadoras previstas nos incisos II e III, consistentes no fato de ter sido o crime cometido por motivo fútil e meio cruel, também não podem ser afastadas nesta fase processual, pois, igualmente, afiguram-se viáveis diante das provas colhidas, porquanto há indícios de que os fatos decorreram da discussão sobre o arremesso de uma lata de cerveja, e após o atropelamento da vítima, ela foi arrastada pelo automóvel conduzido pelo recorrente por aproximadamente 500 metros, em alta velocidade, causando a ela sofrimento desnecessário.

Deverão os jurados decidir sobre a sua incidência.

"A exclusão de qualificadora constante na denúncia somente pode ocorrer quando manifestamente improcedente, sob pena de usurpação da competência do Tribunal do Júri, juiz natural para julgar os crimes dolosos contra a vida. Por vigorar nesta fase o princípio in dubio pro societate, somente é autorizado ao julgador afastar as qualificadoras contidas na denúncia caso não haja dúvidas de que elas não estão configuradas no caso concreto. Não havendo certeza disso, o juiz deverá deixar para o Conselho de Sentença decidir sobre a incidência ou não da qualificadora" (STJ. 5ª Turma. HC 406.869/RS, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 19/09/2017. STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 830.308/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 20/06/2017).

"Processo penal. Pronúncia. Absolvição liminar. Exclusão de qualificadora. Nos crimes de competência do Júri a absolvição sumária somente pode ocorrer quando justificante ou dirimente se apresente indiscutível. Da mesma forma, a qualificadora apontada na denúncia será excluída apenas se flagrantemente improcedente ou descabida. Em relação a ambas, vigora nesta fase o princípio in dubio pro societate" (RDJ 15/364).

De rigor, portanto, a manutenção da decisão de pronúncia.

Caberá ao Conselho de Sentença, juiz natural da causa, analisar eventual tese de desclassificação ou qualquer outra que possa beneficiar o recorrente, tal como a pertinência, ou não, das qualificadoras.

Acesso ao Sumário

Desta forma, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo, integralmente, a respeitável decisão de primeiro grau.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2080336-54.2023.8.26.0000, da Comarca de Nazaré Paulista, em que é peticionária ANDRESA CRISTINA DOS SANTOS BARBOSA.

ACORDAM, em 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a revisão criminal. V.U. Sustentou oralmente o advogado, Dr. Marcos Kauê Rocha da Silva. Usou a palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Valter Foletto Santin.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.135)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LAERTE MARRONE (Presidente), FIGUEIREDO GONÇALVES, MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, FRANCISCO ORLANDO, ALEX ZILENOVSKI, IVO DE ALMEIDA, COSTABILE E SOLIMENE, ALBERTO ANDERSON FILHO e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 11 de dezembro de 2023.

ANA ZOMER, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Associação para o tráfico. Defesa que alega condenação contrária ao texto expresso da lei penal, postulando a anulação do feito de origem *ab initio* por violação de domicílio. Subsidiariamente, almeja a absolvição do crime de associação para o tráfico; a aplicação do redutor insculpido no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06; a atenuação do regime prisional; a substituição da pena corporal por restritiva de direitos; a aplicação da diminuição prevista no artigo 41 da Lei 11.343/06; os benefícios da justiça gratuita. Nulidade ausente. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Provas que estampam o ajuste de vontades estável e permanente voltado para a prática do comércio ilícito. Dosimetria inalterada. Mantido o regime prisional fechado. Pedido revisional indeferido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Revisão Criminal, com pedido liminar, ajuizada pela d. Defesa de ANDRESA CRISTINA DOS SANTOS BARBOSA, objetivando revisitar o v. Acórdão proferido em 08/07/2021, no qual a 14ª Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça (processo nº 1500979-04.2020.8.26.0545), em voto de relatoria do Exmo. Desembargador Hermann Herschander, por votação unânime, rejeitou as preliminares suscitadas e, no mérito, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a r. sentença impugnada (fls. 880/907 dos autos de origem).

Argumenta a d. Defesa que a condenação se baseou em provas ilícitas, eis que teria havido violação ao domicílio da revisionanda. Ademais, alega que o édito condenatório foi contrário ao texto expresso da lei e às evidências dos autos. Assim, requer a absolvição pelo crime de associação para o tráfico, lastreada na atipicidade dos fatos ou insuficiência de provas. Subsidiariamente, pugna pela aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 em seu grau máximo; a atenuação do regime prisional; a substituição da pena corporal por restritiva de direitos; a aplicação da diminuição prevista no artigo 41 da Lei 11.343/06 e os benefícios da justiça gratuita. Em sede liminar, pretende *"que a revisionanda seja mantida em prisão domiciliar enquanto tramita a presente revisão criminal até o decreto definitivo, uma vez que possui filhos menores quais depende de seus cuidados"* (fls. 01/48).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 1319/1321).

Regularmente processado o pleito, a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento desta e, caso conhecida, por sua improcedência (fls. 1326/1331).

É o relatório.

Fundamento e decido.

A pretensão não merece ser acolhida.

É sabido que o instituto em testilha é cabível somente quando desenhada alguma das hipóteses taxativamente previstas na lei processual penal, *in verbis*:

> *"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:*
> *I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;*
> *II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;*
> *III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena".*

No cenário em foco, respeitado o posicionamento defensivo, entendo não estar demonstrado, de modo convincente e objetivo, que a condenação afrontou as provas dos autos.

Acesso ao Sumário

Segundo narra a denúncia, ANDRESA CRISTINA DOS SANTOS BARBOSA, *Lucicleide Belo dos Santos, Maria Luisa Silva de Jesus, Raphaela Araújo Carvalho e Joselito Pereira de Jesus*, em data incerta, mas anterior ao dia 30 de agosto de 2020, na Travessa Portugal, cidade de Bom Jesus dos Perdões/SP, agindo previamente ajustados e com identidade de desígnios, associaram-se para praticar o crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/06.

Consta da peça acusatória, que nas mesmas circunstâncias de tempo e local, os denunciados tinham em depósito e traziam com eles, para fornecimento a terceiros, 300 papelotes de cocaína, pesando aproximadamente 302,0 g, 294 papelotes de cocaína, pesando aproximadamente 291,0g, 302 papelotes de cocaína, pesando aproximadamente 276,0g, 757 papelotes de cocaína, pesando aproximadamente 752,0g, e 100 papelotes de cocaína, pesando aproximadamente 94,0g, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Discorre a vestibular que *"policiais militares, investigando denúncia anônima, foram até o local dos fatos, onde reside a ré ANDRESA. Encontraram-na em frente à casa. Diligenciando o endereço, os milicianos encontraram no interior da residência uma mochila cor de rosa, dentro de um guarda-roupas, uma mochila cor de rosa, na qual estavam 757 porções de cocaína e 111 porções de maconha, além da quantia de R$ 7.532,00 em dinheiro. ANDRESA disse aos policiais que naquela data encontraria Joselito no trevo de Bom Jesus dos Perdões. Segundo ela, Joselito estaria em um automóvel Toyota Ethios de cor cinza e traria mais drogas à denunciada, para serem fornecidas a terceiros.*

Consta da narrativa, ainda, que os agentes da lei rumaram para o referido trevo e encontraram o veículo Ethios estacionado, ocupado por Joselito como condutor e as denunciadas Maria Luisa, Lucicleide e Raphaela como passageiras. Com Joselito foram encontrados dois celulares, R$ 200,00 em dinheiro e, debaixo do banco do motorista, uma caixa de remédios com 302 porções de cocaína. Com Maria Luisa foram encontradas, junto as suas vestes, 300 porções de cocaína. Com Raphaela, também nas vestes, 294 porções de cocaína. Com Lucicleide foram encontradas em sua bolsa 100 porções de cocaína e R$30,00".

Em virtude destes fatos, ANDRESA *Lucicleide, Maria Luisa, Raphaela* e *Joselito* foram denunciados e, posteriormente condenados como incursos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06, mantida a decisão que lhes desfavoreceu em 2º grau.

Não prospera a alegação de ilegalidade das provas obtidas a partir do ingresso no domicílio da acusada.

Os policiais responsáveis por atender à ocorrência em lume relataram, de forma precisa, e em ambas as fases da persecução penal, que entraram na residência da peticionária após a mesma ter confessado que havia entorpecentes no

Acesso ao Sumário

local, tendo recebido autorização para ingressarem no imóvel (mídia).

Afirmaram, ainda, que havia informação do setor de inteligência da Polícia Militar, e também da Polícia Civil, dando conta da prática do crime de tráfico de drogas pela requerente no sítio dos fatos. Segundo o apurado, ANDRESA confessou aos agentes que "assumiu o tráfico" após seu marido ter sido preso pela mesma prática criminosa.

Ressalta-se que, quanto aos depoimentos dos agentes públicos, é pacífico o entendimento de que a simples profissão por eles exercida não enseja o recebimento de seus testemunhos com reservas, já que colhidos sob o compromisso de dizerem a verdade.

Como sucede com qualquer testemunha, o depoimento prestado deve ser avaliado com as outras provas angariadas ao caderno processual.

Na hipótese vertente, verificou-se que os agentes não teriam por que mentir e incriminar injustamente a acusada.

Portanto, idônea a prova testemunhal obtida no auto de prisão em flagrante e reafirmada em Juízo, com plena observância do contraditório.

Sabido que o crime de tráfico de drogas possui natureza permanente; existindo fundadas razões de que no interior do imóvel esteja ocorrendo situação de flagrância, nada impede que a autoridade policial penetre na residência do agente, a qualquer hora, sem estar munida de ordem judicial, *ex vi* do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

Nessa esteira, não há que se falar em arbitrariedade na atuação dos policiais no cenário posto, os quais, diante de fundada suspeita, ingressaram no domicílio da peticionária e acabaram por efetuar a apreensão de entorpecentes.

Cumpre ressaltar que o C. Supremo Tribunal Federal conta com exegese firmada, em sede de repercussão geral (tema de nº 280), no sentido de ser plenamente lícita a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, caso amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem estar ocorrendo situação de flagrância naquele. Assim:

> *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.*

Acesso ao Sumário

4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal.

5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.

6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (STF. RE 603616, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016) (grifo nosso).

Oportuno ressaltar que a sistemática da repercussão geral, inserida no ordenamento jurídico pátrio pela Emenda Constitucional 45/2004, objetiva conferir contornos abstratos aos casos concretamente submetidos à apreciação da Corte, tendo em vista sua relevância jurídica, social, política ou econômica. Busca-se, assim, uniformizar a jurisprudência, e, por consequência, fomentar a segurança jurídica.

Nesse contexto, com base na chamada Teoria da Abstrativização do Controle Difuso, pode-se afirmar que, embora o precedente citado verse sobre Re-

Acesso ao Sumário

curso Extraordinário, típico instrumento de controle difuso, sua eficácia não deve ficar limitada às partes nele envolvidas, eis que, tratando-se de tese firmada em repercussão geral, deve ser aplicada a todos os casos que tratem de questões idênticas.

Diante deste cenário, considerando a competência primeva atribuída à Corte Suprema de nosso país, qual seja, a de interpretar a Constituição Federal, o entendimento fixado merece ser utilizado no caso em comento, não havendo que se cogitar a existência de nulidade *in casu*.

De se observar ainda que, no Direito Processual Penal Brasileiro somente é possível o acolhimento de nulidades em se verificando verdadeiro prejuízo à defesa, na esteira do postulado *pas de nullité sans grief*, consagrado no artigo 563 da lei adjetiva.

Na hipótese, não ficou desenhado qualquer prejuízo sofrido pela parte, não bastando a mera e genérica alegação de que foi prejudicada pelo desfecho processual alcançado.

Dito isso, inviável o reconhecimento da nulidade aventada.

Em relação aos crimes pelos quais a peticionária foi condenada, a absolvição é meta impossível de ser alcançada, eis que a materialidade e autoria são induvidosas, foram bem analisadas e estão comprovadas nos autos.

ANDRESA, em ambas as oportunidades em que foi ouvida, confessou a traficância. Na delegacia afirmou que *"que seu marido foi preso por tráfico. Armazenou as drogas para quitar a dívida de seu marido com traficantes. Quando foi abordada pelos policiais, contou a eles o local onde haveria a entrega de mais entorpecentes, ocasião em que foi encontrado Joselito"* (fls. 29/30 dos autos originais).

Em juízo, afirmou que foi obrigada a guardar uma bolsa com drogas em sua residência em razão de dívida contraída por seu marido. Estava sendo intimidada. Os policiais a ameaçaram de agressão caso não falasse sobre as drogas. Chegou a ser chutada por eles. Os agentes pegaram seu celular e se comunicaram com contatos que havia no aparelho (mídia).

Os demais acusados, em juízo, negaram a prática dos crimes que lhes são irrogados, em que pese *Joselito*, em sede administrativa, ter afirmado que *"recebeu uma ligação da esposa de Luan Patrick, de nome Andresa, solicitando certa quantia de entorpecente. Deslocou-se para São Paulo e comprou cocaína. Não conseguiu entregar a droga porque foi abordado por policiais"* (fls. 32 e mídia).

Ademais, a própria defesa da peticionária não almeja a absolvição quanto ao crime de tráfico, a qual requer somente no que pertine ao delito de associação.

Contudo, sem razão.

Como sabido, para a configuração do crime em lume não basta a reunião de agentes para a prática de uma única ação delituosa, circunstância que é apta somente para caracterizar o concurso eventual de pessoas.

Acesso ao Sumário

Exige-se, neste diapasão, prova robusta de comparsaria marcada pelos atributos de **permanência** e **estabilidade**, o que, malgrado as justificativas apresentadas pela defesa da peticionária, restou evidenciado nestes.

Nesse sentido a lição de Vicente Greco Filho:

> *"Haverá necessidade de um 'animus' associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira 'societas sceleris', em que a vontade de se associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado. Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a co-autoria"* (Lei de Drogas Anotada: Lei nº 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2006. p.120).

O conjunto probatório carreado fez exsurgir, indubitavelmente, a existência de ajuste prévio entre ANDRESA e os demais co-réus, com formação de vínculo associativo direcionado ao tráfico.

Como bem afirmado pelo i. Magistrado *a quo*:

> *"Em relação ao delito autônomo previsto no artigo 35, "caput" da Lei 11.343/06, observo que o tipo delitivo não faz exigência da reiteração e que, no presente caso, há provas suficientes da associação estável e permanente. Como já exposto, das provas dos autos restou evidenciado que a ré Andresa era responsável por armazenar as drogas e indicou aos policiais que havia data e local combinados para receber mais drogas do réu Joselito, o qual realizava o transporte e distribuição e tinha as demais rés consigo no veículo portando os entorpecentes para venda inclusive com parte deles escondidos nas próprias vestes. A grande quantidade de drogas apreendidas também indica a necessidade de existência de estrutura criminosa montada e organizada para viabilizar a traficância de quantidade tão expressiva (111 papelotes de maconha, 300 papelotes de cocaína, 294 papelotes de cocaína, 757 papelotes de cocaína, 100 papelotes de cocaína; laudos de fls. 579/581, 582/584, 585/587, 588/590, 591/593, 594/596. Assim, observa-se que a associação para o tráfico de drogas restou comprovada pelo modus operandi dos acusados, evidenciando vínculo estável e duradouro para a prática do delito, bem como a convergência de vontades e harmonização de ações, com estrutura de divisões de tarefas, uma vez que há prova demonstrando ajuste prévio e animus associativo entre os réus com evidente vontade dirigida à formação da societa sceleris. Faz-se necessária a estabilidade da união, uma vez que é alicerçada em plano criminoso que somente se coaduna com a permanência estável da congregação para a consecução de seus objetivos, de forma reiterada ou não,*

Acesso ao Sumário

ainda que os crimes não se verifiquem de fato, bastando, para tanto, a associação com tal intento. (fls. 770/771)".

Na mesma esteira as conclusões exaradas pelo E. Desembargador Hermann Herschander, relator do v. Acórdão de fls. fls. 880/907 dos autos de origem:

"Bem configurado, igualmente, o crime de associação para o tráfico. Como demonstrado, Joselito e as mulheres que o acompanhavam em seu automóvel, bem como Andresa vinham há muito praticando o tráfico juntos, levando a droga a esta última e encarregando-se da divisão dos entorpecentes. Aliás, antes da prisão do marido de Andresa, era a ele que entregavam os entorpecentes. Bem configurada, pois, a associação com ânimo de estabilidade".

Dito isto, passo à análise da dosimetria das penas e das teses que lhes são correlatas.

Na primeira fase, as penas restaram fixadas 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em razão da quantidade e do potencial lesivo das substâncias ilícitas apreendidas, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, para o tráfico, e 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, para a associação.

De fato, foram apreendidos quase dois quilos de cocaína, em mais de mil e setecentas porções, justificando o aumento operado.

Na segunda etapa, ausentes agravantes e presente a atenuante da confissão para o delito de tráfico de drogas, as penas retornaram ao mínimo.

Já para o delito de associação para o tráfico ausentes agravantes ou atenuantes, a reprimenda se mantém no mesmo patamar.

Ao final, não foram reconhecidas causas de aumento ou de diminuição.

Pontuo que o d. Julgador singular agiu de maneira irretorquível ao não aplicar o redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06.

A condenação da peticionária pelo crime de associação para o tráfico, por si só, impede a aplicação da mencionada causa de diminuição, conforme previsão legal expressa.

Acesso ao Sumário

Praticados os crimes em concurso material, as reprimendas são somadas e deveriam atingir o montante final de 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 1316 (mil trezentos e dezesseis) dias-multa, no piso.

Contudo, conforme se observa da r. sentença e do V. Acórdão, no dispositivo, a pena de multa da revisionanda acabou fixada em 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, no piso, o que mantenho, sob pena de indevida *reformatio in pejus*.

Por fim, não se mostra possível a diminuição das penas nos termos do artigo 41 da Lei 11.343/06, pois a própria peticionária, quando ouvida em Juízo, negou que tenha fornecido os dados dos demais comparsas, não contribuindo

efetivamente para a descoberta dos demais acusados e entorpecentes; disse, ao contrário, que os policiais se comunicaram com os contatos que constavam em seu aparelho celular.

Diante do *quantum* da pena, o regime fechado, eleito para cumprimento inicial da aflição, deve permanecer incólume, *ex vi* do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por derradeiro, não merece prosperar o pleito de entrega dos benefícios da justiça gratuita.

Tal pedido deverá ser apurado na fase de execução, quando se aferirá a real situação financeira da requerente.

A propósito, o C. STJ:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 804 DO CPP. BENEPLÁCITO DA JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. EXAME QUE DEVE SER FEITO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. PRECEDENTES. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.* (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.656.323 - SC (2017/0041331-2) - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 13/03/2017).

Ante o exposto, pelo meu voto, **indefiro o pedido revisional**, mantendo o r. Acórdão revidendo por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2245031-25.2023.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é peticionário CEZAR PEREIRA.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte da ação revisional e, nesta parte, a julgaram improcedente. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.975)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FREITAS FILHO (Presidente), LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, MENS DE MELLO, IVANA DAVID, SÉRGIO RIBAS e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2024.

JUSCELINO BATISTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Revisão criminal – Homicídios qualificados em continuidade delitiva específica – Conhecimento em parte (apenas quanto ao pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea), pois a questão relativa ao aumento decorrente da continuidade delitiva específica já foi decidida nos autos da revisão criminal n.º 2226224-59.2020.8.26.0000 – Mérito – Não acolhimento do pleito revisional – Confissão qualificada, a qual não autoriza o reconhecimento da atenuante, conforme decidiu, recentemente, o E. Supremo Tribunal Federal (vide, e.g., HC 206827/PR, Relator: Edson Fachin, Data de Julgamento: 28/03/2022) – Diante da controvérsia jurisprudencial, não se pode afirmar que a adoção da corrente pela inviabilidade do reconhecimento da atenuante contraria o texto expresso da lei penal, para o fim de desconstituição da coisa julgada – Ação revisional conhecida em parte e, nesta parte, julgada improcedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de revisão criminal proposta por **Cezar Pereira**, com fulcro no artigo 621, III, do Código de Processo Penal, em face de v. acórdão, transitado em julgado, proferido pela 14ª Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal de Justiça (fls. 45/51), que deu parcial provimento ao apelo ministerial, a fim de afastar a atenuante da confissão e aplicar a regra prevista no artigo 71, parágrafo único, do Código Penal, aumentando a pena do ora peticionário, bem como negou provimento ao apelo defensivo.

Inconformado, o peticionário aduz, em síntese, que o v. acórdão se revela contrário ao texto expresso da lei penal, uma vez que houve aumento desproporcional pela continuidade delitiva específica e não foi reconhecida, embora cabível, a atenuante da confissão espontânea. Destarte, pleiteia *"o reconhecimento da atenuante da confissão e a adequação da pena aos parâmetros legais e jurisprudenciais acima discutidos"* (fls. 01/10).

Acesso ao Sumário

Após despacho proferido pela Presidência da Seção de Direito Criminal, determinando, dentre outras medidas, que se esclarecesse no que se diferencia a presente revisão criminal daquela julgada nos autos n.º 2226224-59.2020.8.26.0000 (fl. 39), o peticionário se manifestou nos seguintes termos: *"No que tange à revisão criminal anteriormente movida em seu favor, a saber, aquela que tramitou sob o n° 2226224-59.2020.8.26.0000, abordava questão jurídica diversa, a saber, a desproporcionalidade da exasperação na continui-*

dade delitiva. A presente revisão criminal, contudo, enfoca a aplicação atenuante da confissão" (fls. 42/43).

A d. Procuradoria de Justiça apresentou parecer pelo não conhecimento da nova ação revisional e, no mérito, pela sua improcedência (fls. 63/70).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 59/61).

É o relatório.

Nos termos do artigo 621 do Código de Processo Penal, as sentenças condenatórias ou absolutórias impróprias, transitadas em julgado, podem ser revistas nos seguintes casos: **(a)** contrariedade ao texto expresso da lei penal; **(b)** contrariedade à evidência dos autos; **(c)** sentença fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; **(d)** descoberta de novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize a diminuição da pena ou, ainda, na hipótese de nulidade absoluta (art. 626, "caput", do CPP).

Oportuno lembrar que o provimento jurisdicional transitado em julgado não pode ser modificado à vista da mera reapreciação ou de nova valoração das provas nele analisadas, bem como que a modificação da dosimetria em revisão criminal constitui prática excepcional, conforme já assentou o C. Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. VIOLAÇÃO A DOMICÍLIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. A revisão criminal não deve ser adotada como um segundo recurso de apelação, pois o acolhimento da pretensão revisional reveste-se de excepcionalidade, cingindo-se às hipóteses em que a contradição à evidência dos autos seja manifesta, induvidosa, dispensando a interpretação ou análise subjetiva das provas produzidas. **2. "A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está fixada no sentido de que o escopo restrito da revisão criminal, ajuizada com fundamento no art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, pressupõe condenação sem qualquer lastro probatório, o que não confunde com a mera fragilidade probatória" (AgRg nos EDcl no REsp 1940215/RJ, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 16/11/2021, DJe 25/11/2021).** [...] (STJ - AgRg nos EDcl no AREsp: 2098797 PR 2022/0095946-7, Data de Julgamento: 14/06/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/06/2022) (g. n.)
>
> PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. CABIMENTO. ART. 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DOSIMETRIA. REVISÃO. 1. A utilização da revisão criminal, ação cuja função é a excepcional desconstituição da coisa julgada, reclama a demonstração da presença de uma de suas hipóteses de cabimento, descritas no art. 621 do Código de

Acesso ao Sumário

Processo Penal, situação não ocorrente na espécie. **2. Ademais, "embora seja possível rever a dosimetria da pena em revisão criminal, a utilização do pleito revisional é prática excepcional, somente justificada quando houver contrariedade ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos" (AgRg no AREsp n. 734.052/MS, QUINTA TURMA, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe de 16/12/2015).** 3. Assim, os fundamentos utilizados na dosimetria da pena somente devem ser examinados se evidenciado, previamente, o cabimento do pedido revisional, porquanto a revisão criminal não se qualifica como simples instrumento a serviço do inconformismo da parte. 4. Revisão criminal não conhecida. (STJ - RvCr: 5247 DF 2019/0339948-0, Relator: ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 22/03/2023, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 14/04/2023) (g.n.)

No caso em apreço, verifica-se que, a rigor, não estão presentes as condições de procedibilidade da ação, uma vez que a defesa não demonstrou a efetiva existência de quaisquer das hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal.

Todavia, em homenagem à amplitude de defesa, **conheço desta revisão criminal em parte** (apenas quanto ao pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea), pois a questão relativa ao aumento decorrente da continuidade delitiva específica já foi decidida nos autos da revisão criminal n.º 2226224-59.2020.8.26.0000 (fls. 19/26).

E, no mérito, a presente ação revisional **deve ser julgada improcedente.**

Analisando o interrogatório judicial do peticionário, verifica-se que este, embora haja admitido a autoria dos disparos efetuados contra as vítimas, alegou ter agido em legítima defesa.

Vale dizer, cuida-se de confissão qualificada, a qual, no entender deste Relator e respeitadas as vozes em contrário, não é suficiente para o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, por ostentar reduzido grau de colaboração com a Justiça.

Nesse sentido, cito julgados recentes do E. Supremo Tribunal Federal e deste 4º Grupo de Direito Criminal:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONTROLE DE LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. CONFISSÃO QUALIFICADA. CONCESSÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, d DO CP. INVIABILIDADE. REEXAME DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA

Acesso ao Sumário

ELIGIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O habeas corpus não merece conhecimento na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício. 3. O julgador, nas instâncias ordinárias, possui discricionariedade para proceder à dosimetria da pena, cabendo aos Tribunais Superiores o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados na fixação da sanção. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4. No caso, não há ilegalidade ou arbitrariedade nos critérios adotados pelas instâncias ordinárias para lastrear o acréscimo à pena-base. **5. A confissão qualificada, segundo consolidada jurisprudência desta Suprema Corte, não enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d do CP. Precedentes.** 6. O reexame da prestação pecuniária não pode ser alcançado em sede de habeas corpus pois a análise envolveria, necessariamente, o revolvimento fatos e provas para se aferir a situação econômica da demanda e a proporcionalidade do dano causado pela conduta ilícita. 7. Agravo regimental desprovido. (STF - HC: 206827 PR 0061534-21.2021.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 28/03/2022, Segunda Turma, Data de Publicação: 18/04/2022) (g. n.)

O Colendo Supremo Tribunal Federal já decidiu ser incabível a consideração da circunstância atenuante genérica da confissão em se tratando de confissão qualificada: (...) Impende anotar, ainda, que há entendimento no sentido de que a confissão parcial também não é suficiente para se reconhecer tal atenuante genérica, isto porque evidentemente objetivou algum benefício. **A confissão espontânea tem que ser plena para valer como tal. Existindo interpretações controvertidas, como ocorre no caso em análise, não se considera contrária à lei penal a decisão que adote uma delas, inviabilizando-se a ação revisional que objetive tal fim. Não se pode dizer, à vista da divergência, que uma ou outra afronte a lei penal.** (TJSP; Revisão Criminal 0001926-84.2021.8.26.0000; Relator (a): Sérgio Ribas; Órgão Julgador: 4º Grupo de Direito Criminal; Foro de Mogi das Cruzes - 2ª. Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/11/2022; Data de Registro: 29/11/2022) (g. n.)

Com efeito, não se desconhece o teor do Enunciado Sumular n.º 545 do C. Superior Tribunal de Justiça, porém, como se vê, o próprio E. Supremo Tribunal Federal tem decidido de maneira distinta. E, diante da controvérsia jurisprudencial, não se pode afirmar que a adoção da corrente pela inviabilidade do reconhecimento da atenuante contraria o texto expresso da lei penal, para o fim de desconstituição da coisa julgada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço em parte** da ação revisional e,

Acesso ao Sumário

nesta parte, **a julgo improcedente.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0033507-83.2022.8.26.0000, da Comarca de Presidente Bernardes, em que é peticionário LEANDRO JORGE OLIVEIRA DA SILVA.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deferiram o pedido revisional e absolveram Leandro Jorge Oliveira da Silva com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, expedindo-se alvará de soltura clausulado, vencidos o Relator sorteado e o 8º Juiz que o indeferiam. Acórdão com o Revisor e fará declaração de voto vencido o Relator.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.440)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NOGUEIRA NASCIMENTO, vencedor, RENATO GENZANI FILHO, vencido, PAULO ROSSI (Presidente), VICO MAÑAS, XAVIER DE SOUZA, PAIVA COUTINHO, AMABLE LOPEZ SOTO, ALEXANDRE ALMEIDA e SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2024

JOSÉ ROBERTO NOGUEIRA NASCIMENTO, Relator

Ementa: Revisão Criminal - Tráfico - Apreensão de 0,01g de droga sintética conhecida como "K4" - Droga apreendida em estabelecimento prisional do Estado de São Paulo - Envio Do entorpecente pelo peticionário a outro detento, através de agentes penitenciários, em um papel de cor amarela, constando a anotação "K4" – Tese defensiva calcada na atipicidade da conduta diante da ínfima quantidade de droga apreendida – Acolhimento - Quantidade da substância entorpecente detectada no fragmento de papel, de proporções extremamente diminutas, correspondente a 1,0g de maconha, quantidade esta suficiente para feitura de apenas 02 cigarros de maconha - Ínfimo abalo à saúde pública - Valor de comércio da droga ao tempo dos fatos inferior a R$ 30,00 - Álibi do peticionário de que permaneceu no "seguro" por 90 dias, e que a droga encontrada dentro de um cigarro que fora entregue a um dos agentes penitenciários ali chegou pelas mãos

Acesso ao Sumário

de outros presos, que dias antes, também passaram pela mesma cela do "seguro", merecedor de crédito - Possibilidade da droga ter chegado às mãos do peticionário por obra de algum outro detento que passou pela mesma cela, ou por obra dos agentes penitenciários, que admitiram ter por costume de transportar de um detento para outro alguns objetos, ou mesmo cigarros - Pedido revisional deferido para absolver o peticionário com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, com determinação de expedição de alvará de soltura clausulado.

VOTO

Vistos.

1. Leandro Jorge Oliveira da Silva foi condenado pelo juízo da Vara Única da Comarca de Presidente Bernardes à pena de 10 anos, 01 mês e 09 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1010 dias-multa, na base mínima, como incurso no artigo 33, "caput", c.c o artigo 40, III, ambos da Lei 11.343/06 (fls. 128/130 dos autos principais).

Conforme se extrai dos autos, a 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negou provimento ao recurso interposto pelo peticionário e manteve a sentença condenatória nos exatos termos em que foi lançada (fls. 173/178 dos autos principais).

No dia 15 de dezembro de 2021 foi certificado o trânsito em julgado (fls. 191 dos autos principais).

Agora, pela presente revisão criminal, pretende o peticionário, a desconstituição do julgado. Em síntese, requer a absolvição do peticionário pela atipicidade da conduta, em virtude da pequena quantidade de droga apreendida (fls. 06/11).

O parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é pelo não conhecimento da revisão criminal. Subsidiariamente, requer o indeferimento do pedido revisional (fls. 23/27).

É o relatório.

2. Com a devida vênia, ouso divergir do entendimento do nobre Relator, Desembargador Renato Genzani Filho, no que concerne a tipicidade da conduta imputada ao peticionário Leandro Jorge Oliveira da Silva, que ao enviar pequeno fragmento de papel, contendo pontos da droga conhecida popularmente por "K4", a outro prisioneiro recolhido na mesma penitenciária da Comarca de Presidente Bernardes, pelas mãos de um agente penitenciário, que suspeitou de tal conduta pela anotação "K4", existente no papel de cor amarela, tenho que diante da apreensão apontada como de modestos 0,01g de "K4", merece uma

Acesso ao Sumário

análise mais detida, principalmente em virtude do descompasso que se verifica na elaboração do laudo de exame químico toxicológico.

Como destacou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo em sua sustentação oral, e neste tópico me pareceu real sua preocupação, a quantidade da substância entorpecente detectada no fragmento de papel, de proporções extremamente diminutas, não reuniria condição de armazenar significativa quantidade da droga sintética denominada "K4", pois conforme se verifica pelo confronto da fotografia de fls. 10 dos autos principais, a massa bruta de 3,05g, compreende o diminuto fragmento de papel de cor amarela, somado à massa do saco plástico utilizado para sua embalagem e também o lacre de cor azul. Portanto, a massa bruta do papel contendo resquícios da droga "K4" é de apenas 0,01g. Não se trata esta quantidade, extremamente modesta, da efetiva porção do entorpecente distribuído naquele fragmento de papel amarelo, aliás, o que se apurou foi que a soma da massa do papel e da droga alcançava 0,01g. A massa real líquida apenas do entorpecente, não foi detectada, talvez por ser demasiado irrisória ou não dispor a polícia científica de recursos técnicos para fazer tal separação.

Por desconhecer a realidade da distribuição de tal entorpecente sintético nos presídios no Oeste Paulista, realizada uma busca em noticiários locais da época dos fatos, foi possível extrair do site "g1.globo.com"- Presidente Prudente e região, matéria veiculada em 19 de Fevereiro de 2021[1], na qual se destacava que a contar do ano de 2019 surgiram nas penitenciárias daquela região drogas sintéticas, conhecidas por "K4" e chamada de "maconha sintética", isto porque provoca no organismo humano uma reação muito parecida com o THC, princípio ativo da maconha comum.

A droga "K4", segundo relatos da época, era produzida na forma líquida e borrifada em pedaços de papel, o que dificultava a sua identificação pelos agentes penitenciários. A mesma matéria ainda destaca que naquela época a porção da droga "K4" tinha por valor de mercado cerca de R$ 30,00, situação esta que nos dias de hoje, em Janeiro de 2024, apresentou significativo decréscimo em seu preço de mercado, eis que negociada por meros R$ 10,00 nas vias públicas do centro da Capital do Estado de São Paulo. Também conforme matéria publicada em 20 de Junho de 2023, no site do Hospital Santa Monica[2], revela, tristemente, a popularização do uso das drogas sintéticas, principalmente atingindo a população de rua, usualmente comprometida com o uso do "crack", eis que o valor de tais entorpecentes se apresenta bastante assemelhado.

Dessa feita, pelo laudo elaborado pela polícia científica de fls. 11/13 dos

Acesso ao Sumário

1 Disponível em <https://g1.globo.com/sp/presidente-prudente- regiao/noticia/2021/02/19/com-efeito-100-vezes-maior-do-que-o-da-maconha-k4-e- levada-em-papel-para-penitenciarias-do-oeste-paulista-apreensoes-disparam-mais- de-500percent.ghtml>.

2 Disponível em <https://hospitalsantamonica.com.br/droga-k9-quais-os-efeitos-dessa-droga-que-te-transforma-em-zumbi/#:~:text=%C3%89%20poss%C3%ADvel%20adquirir%20a%20K9,Ana%20Maria%20Noyama>.

autos principais, em cotejo com a fotografia de fls. 10, que indica o suporte de papel amarelo no qual se detectou a presença do entorpecente "K4", se constata que a divergência relativa à massa líquida do entorpecente não foi objeto de qualquer análise pelo juízo de primeiro grau e igualmente passou ao largo quando do julgamento proferido pela Egrégia 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 173/178). Portanto, mesmo que se considere que aquele fragmento de papel de massa 0,01g fosse na sua integralidade composto exclusivamente da droga "K4", seu valor de mercado seria de meros R$ 30,00, ao tempo do crime descrito na denúncia. Afora isso, a literatura especializada estima que a "maconha sintética" possui princípio ativo 100 vezes superior ao da maconha comum. A quantidade bruta apreendida pelos agentes penitenciários - 0,01g de droga sintética, representaria, em termos de abalo para a saúde pública ou daquele que viesse a consumi-la, a equivalência a 1,0g de maconha, quantidade esta suficiente para feitura de apenas 02 cigarros normais de tal entorpecente.

A pena de 10 anos, 01 mês e 09 dias de reclusão em regime fechado, por conta da apreensão de entorpecente sintético, que causaria danos à saúde pública equivalentes a 02 cigarros de maconha, a despeito de ter o fato ocorrido em presídio do Estado de São Paulo, se afigura como desproporcional, sob a ótica da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o que transparece como plenamente razoável, tanto mais que o peticionário, na qualidade de preso, por certo não teria facilidade na recepção de entorpecentes e eventual movimentação financeira porventura alcançada em virtude do comércio ilícito de drogas naquela unidade prisional.

O Magistrado de piso desconsiderou de maneira lacônica a versão trazida pelo réu no curso do processo, ao dizer que não infirmou o acusado a versão dos agentes penitenciários que disseram ter recebido das mãos do peticionário um cigarro que continha também um papel de cor amarela com anotação "K4". Ocorre que, aduziu Leandro Jorge Oliveira da Silva que se encontrava no "seguro" por longos 90 dias e, que dessa feita, não tinha acesso a outros presos e assim não poderia movimentar entorpecentes na unidade prisional. Destacou ainda o acusado, quando de seu interrogatório, que a droga encontrada dentro de um cigarro que fora entregue a um dos agentes penitenciários ali chegou pelas mãos de outros presos, que dias antes, também passaram pela mesma cela do "seguro". Esta versão não é desarrazoada, pois, se estava Leandro Jorge Oliveira da Silva absolutamente apartado do convívio com outros detentos e chegou às suas mãos um cigarro e um pequeno pedaço de papel contendo droga sintética, isto ocorreu por obra de algum outro detento que passou pela mesma cela, no seu dizer, ou por obra dos agentes penitenciários, que admitiram ter por costume de transportar de um detento para outro alguns objetos, ou mesmo cigarros.

Assim, em que pese o fato de ser a droga "K4" extremamente nefasta,

Acesso ao Sumário

nas unidades prisionais, ou nas vias públicas do centro da Capital Paulista, neste caso específico, não vislumbro evidência de que fosse o peticionário consciente de que havia tal entorpecente no cigarro por ele enviado através de agentes penitenciários a outro detento, e, que a quantidade de "K4" pudesse ser tida como passível de configurar o crime de tráfico, ou mesmo que a quantidade de droga detectada naquele pequeno fragmento de massa bruta de 0,01g pudesse tipificar relevante abalo à saúde pública no ambiente prisional.

Diante de tais incongruências, tenho que a prova relativa à materialidade e autoria do crime de tráfico imputado ao peticionário Leandro Jorge Oliveira da Silva se apresenta demasiado frágil, sendo de rigor sua absolvição por falta de provas.

3. Ante o exposto, pelo meu voto, acolho o reclamo da Defensoria Pública do Estado de São Paulo para deferir o pedido revisional e absolver Leandro Jorge Oliveira da Silva, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, expedindo-se alvará de soltura clausulado.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 26.603)

Vistos.

Trata-se de revisão criminal requerida por **Leandro Jorge Oliveira da Silva**, que, nos autos da ação penal nº 1500066-86.2021.8.26.0480, foi condenado às penas de **10 anos, 1 mês e 9 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.010 dias-multa, no valor unitário mínimo**, por incurso nas sanções do **art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06**, em sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Presidente Bernardes/SP, confirmada pelo v. Acórdão da 6ª Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal de Justiça. O v. Acórdão transitou em julgado para o Ministério Público em 19/10/2021 e para a defesa em 14/12/2021 (fls. 183 e 191, respectivamente).

A Defensoria Pública arrazoa o pedido pugnando pela desconstituição do julgado, sustentando, para tanto, que a conduta imputada ao peticionário é atípica, pois com ele foi apreendida diminuta quantidade de droga, com massa líquida inferior a 0,01g, conforme atestou laudo pericial, o que evidencia a teratologia do julgado em flagrante subversão aos fins do Direito Penal. Ainda que reconhecida a tipicidade material, há de se reconhecer a ausência de dolo de traficar, sem a qual não se constitui no crime de tráfico de drogas, sobretudo pela ausência de forma culposa do delito.

Requer seja deferido o pedido revisional, para que seja reconhecida a atipicidade material da conduta ou a ausência de dolo, com a consequente absolvição.

Acesso ao Sumário

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo **não conhecimento** do pedido revisional ou, caso conhecido, pelo seu **indeferimento** (fls. 23/27).

É o relatório.

Em que pese o respeito ao entendimento adotado pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Revisor, que foi acompanhado pela maioria da d. turma julgadora, pelo meu voto, **indeferia-se o pedido revisional**.

De início consignei que o artigo 621 do Código de Processo Penal dispõe que a revisão dos processos findos será admitida: ***I*** *- quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;* ***II*** *- quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; e* ***III*** *- quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.*

O Des. Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, ensina em sua doutrina que a revisão criminal: *"é uma ação de natureza constitutiva e sui generis, de competência originária dos tribunais,* ***destinada a rever decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judicial****"* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 11ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Pag. 620 - grifamos).

Conforme se verifica do relatório supra, **o peticionário pretende desconstituir a decisão condenatória, sob fundamento de que estaria contrária à evidência dos autos, porquanto não verifica a tipicidade material da conduta, tampouco o dolo de traficar tóxicos.**

Todavia, entendi não ter razão o peticionário.

Segundo o entendimento jurisprudencial prevalecente, **caracteriza-se decisão condenatória contrária à evidência dos autos, a justificar a desconstituição da coisa julgada através da presente ação revisional, aquela que está atrelada à inexistência de provas**. Isso significa que **não basta a constatação de que o conjunto probatório é frágil, é necessário verificar a ausência absoluta de provas**.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. ART. 621, INCISO I DO CPP. ALCANCE DA EXPRESSÃO SENTENÇA CONDENATÓRIA CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM A PRECARIEDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. **I - A fundamentação baseada apenas na fragilidade das provas produzidas não autoriza o e. Tribunal a quo a proferir juízo absolutório, em sede de revisão criminal, pois esta situação não se identifica com o alcance do disposto no art. 621, inciso I do CPP, que exige a demonstração de que a condena-**

Acesso ao Sumário

ção não se fundou em uma única prova sequer, daí ser, portanto, contrária à evidência dos autos (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). II - **Esta Corte, a propósito, já firmou orientação no sentido de que: "A expressão "contra a evidência dos autos" não autoriza a absolvição por insuficiência ou precariedade da prova."** (REsp 699773/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 16/05/2005). III - Assim, uma vez verificado constar no voto condutor do reprochado acórdão que a absolvição ali determinada se fundava na precariedade do conjunto probatório, imperioso reconhecer-se a ofensa ao art. 621, inciso I do CPP. Recurso especial provido (STJ: Recurso Especial nº 1.111.624-SP. Quinta turma: Relator Ministro Felix Fischer. Publicado no DJE em 16/11/2009, *grifamos*)

No caso em apreço, concluí que **a decisão impugnada se encontra devidamente fundamentada e embasada na prova produzida nos autos do processo principal**.

Restou reconhecido que no dia 22/09/2020, por volta das 20:00h, nas dependências da Penitenciária de Presidente Bernardes, o peticionário trazia consigo para entrega e consumo de terceiro, um fragmento de papel contendo 5-Fluoro-MDMB- PICA (K4), com massa líquida inferior a 0,01g, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Apurou-se que o peticionário possuía consigo a droga supracitada em sua cela. Em determinado momento, ele solicitou a um agente penitenciário que entregasse um pacote de fumo a outro sentenciado, habitante da cela ao lado. Ocorre que referido agente, ao vistoriar o objeto entregue pelo peticionário, constatou que nele havia um fragmento de entorpecente, de modo que o apreendeu. No momento da apreensão, o peticionário foi indagado sobre o objeto e respondeu *"já era senhor, a casa caiu"*.

A materialidade encontra-se comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 3/6), pelo laudo de exame químico toxicológico (fls. 11/13), que atestou a substância apreendida como sendo 5-Fluoro-MDMB-PICA, de uso proscrito, e pela prova oral produzida sob o crivo do contraditório, que ratificou os elementos de informação.

A autoria, por seu turno, também era inequívoca.

Em Juízo, o peticionário **negou a prática ilícita**, afirmando, em suma, que a testemunha André pediu para que espalhasse o fumo em uma folha de papel, não sendo encontrada a droga naquela oportunidade. A droga teria aparecido apenas 10 minutos após, quando André retornou de outro local, dizendo que a droga havia sido localizada no fumo encaminhando.

A negativa, contudo, restou infirmada.

A testemunha André Marini Guilhen, Agente de Segurança Penitenciária,

Acesso ao Sumário

ratificando os relatos prestados na seara extrajudicial, esclareceu, em suma, que: estava no pavilhão disciplinar quando o peticionário lhe pediu para entregar uma trouxinha de fumo, enrolada em papel, para um detento de outra cela; é comum a entrega de fumo de tabaco em trouxas de papel, o que acaba não sendo comumente inspecionado; todavia, desconfiando da possibilidade de ali conter tóxicos, revistou o papel e verificou que na parte interior estava escrito que o detendo estava encaminhando fumo e um pedaço de K4; até então não tinha ciência da existência dessa droga, de modo que encaminhou o objeto ao seu superior; nessa oportunidade, seu superior lhe informou que K4 se tratava de um pedaço de papel amarelo muito pequeno, com cerca de meio centímetro quadrado; caso não tivesse escrito K4 no papel, não saberia que aquilo se tratava de entorpecente.

No mesmo sentido foi o depoimento do Agente Denilson Pessoto, prestado apenas na sindicância (fl. 30).

Como se vê, pelas provas dos autos, concluí que **o dolo de traficar do peticionário restou evidente**.

Com efeito, a prova testemunhal foi segura ao afirmar que **o peticionário possuía consigo droga que tinha como destinação o consumo de terceiros, no caso, o habitante da cela ao lado, sendo certo que ocultou o tóxico no interior de um rolo de fumo e tentou entregá-lo ao referido habitante, oportunidade em que foi constatada a presença da droga no objeto**.

Frise-se que no caso em apreço não ficou demonstrado que referida droga se destinava ao consumo pessoal do peticionário, a atrair a figura do art. 28 da Lei nº 11.343/06, pois **comprovadamente destinava-se a terceiro**. Tampouco verificou-se que a entrega se destinava ao **consumo compartilhado**, a atrair a figura do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal.

Comprovadamente flagrado na posse de entorpecente para entrega a consumo de terceiro, **descabida a alegação de ausência de dolo na conduta**, pelo que se impõe sua responsabilização pelo crime do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, majorados pelo art. 40, inciso III, da mesma Lei, dada a prática da traficância, **ainda que gratuita**, nas dependências de estabelecimento prisional.

Ainda, considerei **descabida a incidência do princípio da insignificância no caso em apreço**.

Isso porque, trata-se aqui da **prática de crime de intensa reprovabilidade social, equipado a crime hediondo pelo texto constitucional**, e que, *in casu*, foi **praticado nas dependências de estabelecimento prisional**, local onde deve imperar a ordem e disciplina e onde se espera que os sentenciados sejam afastados dos fatores que os conduzem às práticas ilícitas, o que, inelutavelmente, majora, em muito, a reprovabilidade da conduta praticada, o que inviabiliza se cogitar da atipicidade da conduta, à luz dos requisitos fixados pelo

Acesso ao Sumário

STF quando do julgamento do HC 84.412/2004[3].

Nesse sentido, precedentes deste C. Grupo:

> REVISÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O PORTE DE ENTORPECENTE. PROVAS FIRMES DA TRAFICÂNCIA. Estando bem delineada a materialidade e autoria delitivas, impossível a desclassificação do crime de tráfico pata uso, notadamente quando considerada as circunstâncias da prisão e o montante de droga apreendida. **ALEGADA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA Delito de perigo abstrato - Expressividade da lesão à saúde pública que independe da quantidade de droga apreendida. Não acolhimento.** [...] (TJSP; Revisão Criminal 2295226-48.2022.8.26.0000; Relator(a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 6º Grupo de Direito Criminal; Foro de Penápolis - 3ª Vara; Data do Julgamento: 30/01/2023; Data de Registro: 30/01/2023, *grifamos*)
>
> Por fim, cumpre registrar que a aplicação do princípio da insignificância é inadmissível em relação ao delito de tráfico de drogas, por se tratar de crime de perigo abstrato, sendo irrelevante a quantidade de entorpecentes apreendidos. (TJSP; Revisão Criminal 2083091-22.2021.8.26.0000; Relator (a): Xavier de Souza; Órgão Julgador: 6º Grupo de Direito Criminal; Foro de Matão - Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/06/2021; Data de Registro: 21/06/2021)

Outrossim, **a quantidade do entorpecente também não figura, *in casu*, como fator determinante para se acolher a tese de atipicidade material da conduta**, porquanto o entorpecente aqui tratado, cuja substância é o 5-Fluoro -MDMB-PICA, se trata de **canabinoide sintético que ostenta um potencial entorpecente muitas vezes superior ao tetraidrocanabinol natural, motivo pelo qual normalmente são comercializados na forma de "micropontos", tal como o LSD, podendo um único grama gerar várias porções individualizadas, conforme, inclusive, comumente se verifica em ações penais que apuram o tráfico de referidos tóxicos**: Apelação Criminal nº 1500219-59.2020.8.26.0673; Apelação Criminal nº 1502411-61.2020.8.26.0544; Apelação Criminal nº 1504859-48.2021.8.26.0228; Apelação Criminal nº 1501359-23.2021.8.26.0535.

E corroborando a notícia da imprensa colacionada pela PGJ, encontra-se a Nota Técnica nº 03/2023 publicada pela Prefeitura de São Paulo[4], que, ao abordar as drogas sintéticas, assim elucidou:

> "As substâncias sintéticas são muito mais potentes do que a canna-

Acesso ao Sumário

3 (I) mínima ofensividade da conduta; (II) nenhuma periculosidade social da ação; (III) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (IV) inexpressividade de lesão jurídica provocada.

4 https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/saude/notatecnica_maconha_v3.pdf

> bis natural, tanto por sua maior capacidade de se ligar como agonistas aos receptores canabinoides e também por possuir uma meia vida longa fatores que prolongam e intensificam os efeitos psicoativos e tóxicos da substância.
> [...]
> A maconha sintética é uma substância manipulada e produzida em laboratório, sem qualquer controle de qualidade, seus efeitos incidem de forma muito mais intensa e nociva sobre o organismo.
> [...]
> Como citado anteriormente, a canabis sintética pode ser apresentada em diversas de formas e a substância pode ser fumada, vaporizada e até mesmo ingerida de forma diluída ou em comprimidos. Os canabinoides sintéticos podem ser borrifados em mix de preparações e a substância já foi identificada em forma de incenso, pot-pourri de ervas, sais de banho, líquidos, papéis, aromatizador, pó, cristal, goma de mascar, cigarro eletrônico e mais:"

Ainda, referida nota técnica exemplifica com imagens a forma como essa substância é distribuída, podendo se verificar que de **uma única folha de papel toalha poderá ser extraída mais de uma centena de porções individualizadas do tóxico, o qual, repita-se, ostente altíssimo potencial lesivo.**

Portanto, em não se constatando a alegada ausência de dolo, tampouco sendo o caso de se reconhecer a atipicidade material da conduta, reputei ser **de rigor o indeferimento do pedido revisional.**

Ausentes outras questões, inclusive em relação às penas impostas.

Ante o exposto, **pelo meu voto, INDEFERIA-SE o pedido revisional**.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Civis Públicas

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Civil Pública Cível nº 2068980-62.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é ré (...) (JUÍZA DE DIREITO).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA E DETERMINARAM A SUSPENSÃO DESTA AÇÃO ATÉ O JULGAMENTO DEFINITIVO DA AÇÃO PENAL Nº (...), COM DETERMINAÇÃO. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A ADV. DRA. BEATRIZ CANOTILHO LOGAREZZI. USOU DA PALAVRA O EXMO. SR. PROC. WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.922)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, 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, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Ação civil pública visando a cassação de aposentadoria de magistrada em decorrência de sentença condenatória proferida em ação penal pretérita – Magistrada que foi condenada à pena de 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa pela prática dos crimes previstos no artigo 10 da Lei 9.296/96 e no artigo 339 do Código Penal, decretada, também, a perda do cargo de juíza

Acesso ao Sumário

de direito.
1. Litispendência desta demanda com ação civil pública por improbidade administrativa – Não reconhecimento – Inexistência de identidade entre os pedidos e a causa de pedir.
2. Prescrição – Questão analisada nos autos da ação penal (processo n.º (...)), encontrando-se pendente de julgamento *habeas corpus*, recurso especial e recurso extraordinário interpostos pela defesa – Necessidade de sobrestamento desta ação até o julgamento definitivo dos recursos junto ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, evitando-se, com isso, o risco de decisões conflitantes – Suspensão determinada.

VOTO

Trata-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando à decretação da perda do cargo de Juíza de Direito de (...) em razão da prática dos crimes previstos no artigo 10 da Lei 9.296/96 e no artigo 339 do Código Penal.

Sustenta o Procurador-Geral de Justiça que a requerida foi condenada em ação penal pretérita ao cumprimento de dois anos e quatro meses de reclusão, nos termos do artigo 10 da Lei nº 9.296/96, e dois anos, nove meses e dezoito dias de reclusão, na forma do artigo 339 do Código Penal, fixado o regime inicial semiaberto, com imposição de vinte e quatro dias-multa e decretação da perda do cargo de juíza de direito, e os recursos interpostos não lograram promover qualquer alteração no acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Argumenta, em complementação, que embora tenha sido reconhecida a prescrição dos mencionados crimes por decisão monocrática, houve a interposição de recurso pela acusação, sendo constatada a existência de erro material na certidão que registrou a data do trânsito em julgado no Supremo Tribunal Federal, o que deu azo ao restabelecimento da condenação em sede de agravo regimental, inclusive no concernente à perda do cargo de magistrada. Aduz, em acréscimo, que a Constituição Federal confere aos juízes a garantia da vitaliciedade, prevendo a perda do cargo mediante sentença judicial transitada em julgado, ao passo que a Lei Orgânica da Magistratura estabelece a demissão como a mais grave penalidade imposta aos membros do Poder Judiciário, apontando, outrossim, que a perda do cargo em relação à requerida somente não foi concretizada em razão de sua aposentadoria voluntária, decorrente dos inúmeros recursos apresentados pela defesa na ação penal, afigurando-se necessária a interposição de ação civil pública para se decretar a cassação da aposentadoria,

Acesso ao Sumário

consoante previsão estabelecida na Lei Orgânica do Ministério Público. Insiste, também, que o Procurador-Geral de Justiça tem atribuição para propor a ação de perda do cargo ou de cassação da aposentadoria de membro do Ministério Público, o que também se aplica aos magistrados pelo princípio da simetria entre as duas carreiras, defendendo, no mais, que a aposentadoria da ré não impede o ajuizamento da ação civil pública, já que a prática de ato punível com demissão por agente público, durante o exercício da atividade, acarreta a cassação do benefício, nos termos do artigo 134 da Lei nº 8.112/90, aplicável subsidiariamente aos magistrados, tratando-se de decorrência lógica da condenação à perda do cargo, até porque se afigura incompatível com os princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal manter o agente público no gozo de proventos de aposentadoria após ter sido punido com a perda da função. Busca, por isso, a procedência da ação, decretando-se a cassação da aposentadoria do cargo de Juíza de Direito.

Citada, a ré ofertou contestação (fls. 5.525/5.573), acenando, preliminarmente, com a ocorrência de litispendência entre a presente ação civil pública e a ação de improbidade administrativa n.º (...), alegando, também, prescrição da pretensão ministerial e necessidade de suspensão do processo porquanto a questão atinente à prescrição da pretensão punitiva está sendo discutida no bojo da ação penal n.º (...), encontrando-se pendente de julgamento os recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa da magistrada. No mérito, sustenta, em síntese, que atualmente o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) é de caráter contributivo, regido por regras similares a da Previdência Social, de modo que não se afigura possível cassar a aposentadoria dos servidores públicos, mesmo porque a Emenda Constitucional n.º 103/2019 deixou clara essa impossibilidade já que a concessão do benefício rompe a relação funcional entre servidor e Estado, passando a existir apenas a relação previdenciária. Aduz, em complementação, que a aposentadoria é contraprestação oriunda de todas as contribuições realizadas, sendo direito do servidor recebê-la sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública. Argumenta, outrossim, que a cassação da aposentadoria, caso deferida, implica violação a direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e ao princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente em razão do atual quadro de saúde da magistrada que conta com sessenta e quatro anos e sofre de diversas doenças, necessitando de acompanhamento médico rotineiro, isso sem considerar que a aposentadoria possui caráter alimentar e é a única fonte de sobrevivência da requerida, que não consegue mais exercer atividade remunerada. Defende, ainda, que as condutas praticadas pela magistrada não são incompatíveis com o exercício da função pública, apontando que o reconhecimento da prescrição na ação penal implica a consequente prescrição da pena de perda do cargo. Insiste, no mais, que não foi condenada por falsidade ideológica e tampouco por prevaricação, o que impossibilita a im-

Acesso ao Sumário

posição de qualquer sanção em relação a tais crimes, mesmo porque a perda da vitaliciedade do cargo de juiz de direito depende da prolação de duas sentenças transitadas em julgado: uma na ação penal e outra em ação civil ajuizada pelo Ministério Público. Alega, também, que a sentença condenatória referente aos crimes de interceptação telefônica ilegal e denunciação caluniosa não enseja, de forma automática, a cassação de aposentadoria, que não pode ser decretada como efeito penal da condenação criminal em razão da impossibilidade de se interpretar extensivamente o artigo 92 do Código Penal, entendimento, inclusive, consolidado na própria ação penal promovida em face da requerida. Discorre, além disso, sobre a relação que estabeleceu com a vítima dos crimes, insistindo que R. se apresentou com nome falso e praticou uma série de condutas que afetaram sua integridade física e moral, de modo que realizou a interceptação telefônica em estado de necessidade e para os fins indicados na lei, o que ficou evidenciado em diversas provas produzidas na ação penal (fls. 5.553/5.563). Insiste, também, que no concernente à denunciação caluniosa havia reais indícios da prática dos crimes por R., dentre eles tentativa de homicídio, lesão corporal de natureza grave, tentativa de estupro e ameaças. Invocando, em seu prol, precedentes jurisprudenciais a respeito das matérias suscitadas, pleiteia a extinção do processo nos termos do artigo 485, inciso V, do CPC, o reconhecimento da prescrição da pretensão Ministerial, ou a suspenção da ação até o julgamento dos recursos especial e extraordinário. No mérito, pretende a improcedência da ação.

O Ministério Público apresentou réplica às fls. 5.763/5.776, sustentando (i) a inexistência de litispendência entre a presente demanda e a ação civil pública por improbidade administrativa, (ii) a ausência de prescrição, (iii) impossibilidade de suspensão da ação, e, (iv) no mérito, a procedência da ação.

A Secretaria certificou o andamento do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário interpostos pela requerida contra a decisão que, nos autos da Ação Penal n.º (...), deu provimento ao agravo interno do Ministério Público para afastar as hipóteses de prescrição da pretensão punitiva e executória, restabelecendo a pena de perda do cargo de juiz de direito (fls. 5.780/5.797).

As partes foram cientificadas do andamento dos recursos e se manifestaram às fls. 5.805 e 5.807/5.808.

É o relatório.

1) Afasto, de início, a arguição de litispendência.

O artigo 337 do Código de Processo Civil estabelece:

> "Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:
> (...)
> VI – litispendência;
> (...)
> § 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

Acesso ao Sumário

(...)

§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso".

Com efeito, a litispendência é a situação gerada pela instauração da relação processual, produzindo o efeito negativo de impedir a instauração de processo idêntico (mesmas partes, mesmo pedido, mesma causa de pedir). Se instaurado, o segundo deve ser extinto, salvo se, por qualquer razão, o primeiro foi antes extinto sem julgamento do mérito.

A doutrina, a esse respeito, esclarece que:

> "(...) a litispendência significa a existência de dois ou mais processos concomitantemente, com as mesmas partes, o mesmo pedido e idêntica causa de pedir (...). A existência de um processo pendente entre 'A' e 'B', baseado numa determinada causa de pedir que resulta no pedido X, desempenha o papel de pressuposto processual negativo para um outro processo entre 'A' e 'B', que tenha a mesma causa de pedir e em que se formule o mesmo pedido. O fundamento desse pressuposto processual negativo está no princípio da economia processual e na necessidade de se evitarem julgamentos conflitantes".[1]

Logo, afigura-se inviável tecnicamente a formulação de pedidos iguais em ações diversas, fundados na mesma causa de pedir, impondo-se, se configurada tal situação, a extinção da segunda ação ajuizada.

No caso, não se verifica a ocorrência de litispendência entre a presente ação civil pública e a ação de improbidade administrativa n.º (...), pois, embora possuam as mesmas partes e compartilhem de um pedido em comum, qual seja, a cassação da aposentadoria da requerida, os processos não compartilham dos demais pedidos e tampouco possuem a mesma causa de pedir.

Vale dizer, enquanto a ação de improbidade administrativa visa a perda do cargo da requerida e consequente cassação da aposentadoria com fulcro nas condutas previstas na Lei n.º 8.429/92 (lei de improbidade administrativa), havendo, inclusive, pedido formulado pelo Ministério Público de suspensão dos direitos políticos da magistrada, além de pagamento de multa e proibição de contratar com a Administração, a presente ação pretende a cassação da aposentadoria de (...) com base em sentença penal condenatória transitada em julgado.

Logo, não se tratando de hipótese de extinção do feito, sem resolução do mérito, por litispendência (art. 485, inciso V, do CPC), consoante fundamentação acima exarada, passo à análise das demais preliminares.

2) A arguição de prescrição e de necessidade de suspensão do processo se confundem na medida em que possuem a mesma questão de fundo.

De fato, a prescrição da pretensão punitiva e executória dos crimes cometidos pela requerida foi analisada nos autos da ação penal (processo n.º (...)) pelo i. Desembargador Ricardo Anafe, nos seguintes termos:

Acesso ao Sumário

1 Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1 / Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini, Flávio Renato Correia de Almeida; coord. Luiz Rodrigues Wambier – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

"(...) Considera-se, portanto, como data do trânsito em julgado a data de 10.06.2020, conforme devidamente certificado pela Secretaria do Colendo Supremo Tribunal Federal a fl. 4740, salientando-se que os recursos especial e extraordinário mantiveram a condenação desta Corte. O trânsito em julgado foi inicialmente certificado para o dia 10 de junho de 2021, sendo retificado o ano para 2020 após constatação de equívoco pela Secretaria do Colendo Supremo Tribunal Federal (fl. 4621 e 4.738/4.740). Portanto, vislumbra-se a existência de mero erro material, o qual, neste momento processual deve ser totalmente corrigido pelo órgão julgador. 3.3. DA INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO NO CASO CONCRETO Passa-se à análise das modalidades de prescrição. 3.3.1. A prescrição da pretensão punitiva, primeira forma prevista no Código Penal e a atingir o próprio direito do Estado de obter a condenação criminal, ocorre antes do trânsito em julgado da sentença, de acordo com o artigo 109, *caput*, do Código Penal, e apresenta três vertentes distintas aceitas pelos tribunais superiores: (i) prescrição em abstrato ou propriamente dita; (ii) prescrição superveniente; e (iii) prescrição retroativa. A prescrição da pretensão executória, a segunda forma nele positivada, atinente ao início ou à continuidade da execução da pena dinamizada no título executivo, ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória, de acordo com o artigo 110, *caput*, do Código Penal. Vale ponderar que, em caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incide sobre a pena de cada um, isoladamente, de acordo com o artigo 119 do Código Penal. *In casu*, devem ser afastadas as hipóteses de prescrição da pretensão punitiva em suas três modalidades. A prescrição *in abstrato* regula-se pelo máximo das penas privativas de liberdades cominadas em abstrato aos delitos, o que enseja a aplicação do prazo de oito anos em relação ao delito tipificado no artigo 10 da Lei nº 9.296/96 e doze anos em relação ao delito tipificado no artigo 339 do Código Penal, em harmonia com o artigo 109, incisos III e IV, do mencionado *Codex*. Tem por termo inicial o dia da consumação dos delitos, sendo interrompida pelo recebimento da denúncia e, posteriormente, publicação da sentença ou acórdão recorríveis, *ex vi* da inteligência do disposto no artigo 109, combinado com o artigo 111, inciso I, bem como artigo 117, incisos I e IV, todos do Código Penal. Aqui, incide o artigo 389 do Código de Processo Penal, a determinar que a sentença é considerada publicada quando 'em mão do escrivão', é dizer, quando recebida em cartório, o que foi aperfeiçoado em 22 de abril de 2013, de acordo com o extrato constante do sistema informatizado deste Tribunal de Justiça. Assim, consumados os delitos no período de 28 de outubro de 2002 a 31 de outubro de 2003 (fls. 03/24), recebida a denúncia em 10 de setembro de 2008 e publicado o acórdão em 22 de abril de 2013, fica afastada a prescrição da pretensão punitiva em abstrato, porquanto não decorridos os prazos de oito e doze anos. À evidência, a prescrição superveniente (ou intercorrente) deve ser calculada com lastro na pena aplicada no indicado acórdão, nos termos

Acesso ao Sumário

do artigo 110, § 1º, do Código Penal, o que enseja a aplicação do prazo de oito anos, em harmonia com o artigo 109, inciso IV, do mencionado Codex. Tem por termo inicial a data da publicação da sentença ou acórdão penal condenatório, sendo interrompida pelo trânsito em julgado final. Por conseguinte, a partir da publicação do acórdão condenatório recorrível proferido na ação penal originária em tela, em 22 de abril de 2013, fica afastada a prescrição da pretensão punitiva superveniente à condenação, considerando o trânsito em julgado ocorrido em 10 de junho de 2020, é dizer, antes de oito anos. Por sua vez, a prescrição da pretensão punitiva retroativa igualmente deve ser calculada com lastro na pena aplicada no indicado acórdão, nos termos do artigo 110, § 1º, do Código Penal, o que enseja a aplicação do prazo de oito anos, em harmonia com o artigo 109, inciso IV, do mencionado *Codex*. Tem por termo inicial o dia imediatamente anterior ao da publicação da sentença ou realização da sessão, sendo interrompida pelo recebimento da denúncia, podendo abranger período anterior ao recebimento da denúncia por se tratarem de fatos delituosos praticados antes do advento da Lei nº 12.234/2010, a qual revogou o parágrafo 2º do artigo 110 do Código Penal e conferiu nova redação ao parágrafo 1º do referido artigo. Logo, a partir da publicação do acórdão condenatório recorrível proferido na ação penal originária em tela, em 22 de abril de 2013, recebida a denúncia em 10 de setembro de 2008 e praticados os delitos no período de 28 de outubro de 2002 a 31 de outubro de 2003 (fls. 03/24), fica também afastada a prescrição da pretensão punitiva retroativa, porquanto não decorrido o prazo de oito anos entre tais intervalos. 3.3.2. Por não estar materializada a prescrição da pretensão punitiva em suas três vertentes, necessário o prosseguimento da análise a fim de verificar eventual ocorrência de prescrição da pretensão executória haja vista o trânsito em julgado da condenação. Com relação ao tema, existe importante debate na Corte Suprema a respeito do termo inicial de tal modalidade de prescrição. Em outras palavras, para essa finalidade, se o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, nos termos do artigo 112, inciso I, do Código Penal, ou se o trânsito em julgado para ambas as partes. Nesse sentido, o Tema nº 788, ligado ao ARE 848107/DF, relator o Ministro Dias Toffoli, com julgamento iniciado na data de 24/03/2022, mas suspenso até o momento. Enquanto não há consolidação de entendimento sobre o tema, mais acertada a interpretação da regra estampada no inciso I do artigo 112 do Código Penal à luz do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento das ADCs 43, 44 e 54 no sentido de vedar a prisão por condenação não definitiva com fundamento na presunção de inocência. Consequentemente, o termo inicial é o trânsito em julgado para ambas as partes. Isso porque, uma vez impossibilitado de iniciar a execução da condenação por motivo que não deu causa, não pode o Estado ter iniciado em seu desfavor o curso da prescrição da pretensão executória, sob pena de inviabilizar

Acesso ao Sumário

inúmeras, senão a quase totalidade, das execuções. Por oportuno, imperioso registrar que, enquanto pendente de julgamento recurso da defesa, inviável o cômputo da prescrição da pretensão executória haja vista o curso da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, *ex vi* da inteligência dos artigos 110, *caput* e parágrafo primeiro e 112, inciso I, primeira parte, ambos do Código Penal. Aliás, os próprios Tribunais Superiores vêm aplicando tal Entendimento (...). Portanto, considerando-se a data correta do trânsito em julgado da condenação diante da certidão corrigida pela Secretaria do Col. Supremo Tribunal Federal, ocorrida em 10 de junho de 2020, tampouco decorreu o prazo da prescrição da pretensão executória. 3.3.3. Noutro giro, ainda que, *in thesis*, a prescrição da pretensão executória tivesse se iniciado em abril de 2013, como defendido pela condenada, seria de rigor a aplicação do disposto no artigo 117, IV, do Código Penal, segundo o qual 'o curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis' (redação dada pela Lei n. 11.596 de 2007, aplicável ao caso porque a decisão condenatória foi prolatada após sua entrada em vigor, ou seja, em 27 de março de 2013, inexistindo retroatividade da lei). Com efeito, a prescrição se interromperia pela publicação do v. Acórdão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual negou provimento ao recurso especial na parte que conhecera, conforme decisão proferida pelo Eminente Ministro Felix Fischer em 2017 (fl. 4626/4645). E posteriormente, pela publicação do Acórdão que negou seguimento ao referido recurso extraordinário, na forma do artigo 21, § 1º, do respectivo Regimento Interno, conforme decisão proferida pelo ministro Edson Fachin em 26 de junho de 2018 (fl. 4595/4598). Não se olvida entendimentos em sentido diverso, considerando 'acordão condenatório' apenas aquele que alteraria sentença de absolvição. Essa interpretação, contudo, ao nosso ver, estaria em total desacordo com o artigo 112, I, do Código Penal. Lembrando lição de Carlos Maximiliano, a problemática é de interpretação, isto é, de 'explicar, esclarecer, dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém'. Sem perder de vista que a norma não contém palavras inúteis. *Scire legis non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*. Partindo-se da premissa de que a prescrição se iniciaria, *in thesis*, com a data da sentença condenatória para o Ministério Público, e não podendo este executar a pena enquanto não transitado em julgado para a defesa, é evidente, pela interpretação sistemática e teleológica, que o Código Penal previu a possibilidade de interrupção dessa mesma prescrição com a publicação dos acórdãos proferidos em grau de recurso e que tenham conteúdo condenatório, independentemente de qual seja o recurso (se especial ou extraordinário etc). Não se trata aqui, frise-se, de interpretação extensiva, mas sistemática e teleológica, decorrente das próprias normas penais. Digno de nota

Acesso ao Sumário

> que o acórdão posterior substitui a decisão anterior para efeito de cumprimento em fase de execução, em outras palavras, é o último acórdão proferido nos autos a decisão exequenda, a conter o título executório da sanção penal. Admitir que a prescrição da pretensão executória se inicie com a primeira decisão condenatória, mas não admitir a interrupção com acórdão condenatório (que tenha confirmado condenação anterior), implicaria reconhecer a impossibilidade de o Estado executar penas mais brandas, pois, evidentemente, diante de tantos recursos existentes no sistema processual brasileiro, em regra seria ultrapassado o prazo prescricional para o início do cumprimento da pena. Interpretação nesse sentido, ademais, seria contrária ao princípio 'nemo auditur propriam turpitudinem allegans'. Nesse sentido, *mutatis mutandis*, foi a decisão proferida em 10 de agosto de 2022 pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema Repetitivo 1.100 com a seguinte tese: 'O acórdão condenatório de que trata o inciso IV do art. 117 do Código Penal interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório de sentença condenatória, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta.' Digno de nota que no artigo 117, IV, do Código Penal e na tese fixada em julgamento do Tema Repetitivo 1.100 não há distinção entre prescrição da pretensão punitiva ou executória para fins de interrupção. Logo, por qualquer ângulo que se analise a questão, não se operou a prescrição em absoluto, quer na modalidade punitiva, quer na modalidade executória (...)".

E em face dessa decisão a defesa da magistrada ingressou com recursos especial e extraordinário junto ao E. Superior Tribunal de Justiça e ao C. Supremo Tribunal Federal, ainda pendentes de julgamento (cf. certidão de fls. 5.780/5.797).

Paralelamente, também encontra-se aguardando análise pelo Superior Tribunal de Justiça o habeas corpus n.º (...), em que a magistrada consta como paciente e que combate a mesma decisão.

Apesar de não existir conexão/continência entre as ações, reconhece-se que a ação penal, ainda pendente de decisão definitiva em relação à prescrição, é prejudicial ao julgamento desta ação civil pública sob pena de se proferir decisões conflitantes no que diz respeito à prescrição.

Acesso ao Sumário

Vale lembrar que embora não se desconheça a divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da matéria, há precedentes que apontam que "o reconhecimento da extinção da punibilidade pelo implemento da pretensão punitiva estatal enseja o desaparecimento de todos os efeitos penais e extrapenais da condenação" (STJ, REsp. nº 1.209.638/SP Rel. Min. Regina Helena Costa), sendo mais prudente, portanto, determinar a suspensão desta demanda até a resolução da questão.

Logo, é necessário aguardar o julgamento dos recursos interpostos na ação penal (artigo 313, V, "a", do Código de Processo Civil), impondo-se, desta

forma, a suspensão do processo.

Pelo exposto, por esses fundamentos, determino a suspensão desta ação civil pública até o julgamento definitivo do *habeas corpus* e dos recursos especial e extraordinários interpostos no bojo da ação penal n.º (...). Oportunamente, a Secretaria providenciará a juntada de cópia dos vs. acórdãos para conhecimento das partes, fazendo nova conclusão ao Relator.

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2108168-62.2023.8.26.0000, da Comarca de Brotas, em que é autora ERICA SOLER SANTOS DE OLIVEIRA (PREFEITO), é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE POTIM.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.351)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO e SILVIA ROCHA.

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI 1.202, DE 15 DE MARÇO DE 2023, DO MUNICÍPIO DE POTIM, DE ORIGEM PARLAMENTAR – NORMA MUNICIPAL QUE PROÍBE A UTILIZAÇÃO DE PELÍCULAS DE PROTEÇÃO EM VIDRO, "INSULFILM", POR VEÍCULOS DA FROTA OFICIAL – INCOMPATIBILIDADE COM OS ARTS. 5º, 24, § 2º, 2, E 47, II, XIV E XIX, 'A', DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INCONS-

Acesso ao Sumário

TITUCIONALIDADE CONFIGURADA – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO E DO PACTO FEDERATIVO – A LEI IMPUGNADA FIXOU PROIBIÇÃO AO PODER EXECUTIVO E VERSOU SOBRE ATOS ENVOLVENDO MATÉRIA DE TRÂNSITO – ADEMAIS, COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE O TEMA – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Prefeita do Município de Potim, visando à declaração da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.202, de 15 de março de 2023, que revogou lei municipal anterior e determinou a repristinação expressa de norma anterior, passando, assim, a proibir a aplicação de películas de proteção em vidros de veículos pertencentes à frota oficial do Município.

Sustenta a autora, em suma, violação ao princípio da separação de poderes; que cabe ao Poder Executivo o planejamento, a direção, a organização e a execução de atos de administração; bem como a violação ao art. 29 da Constituição Estadual, pois projeto de lei com a mesma matéria já tinha sido rejeitado na mesma sessão legislativa.

Pleiteou liminar para a suspensão da eficácia da norma impugnada.

Em 10/05/2023, a liminar foi deferida pelo D. Relator, Des. James Siano, para suspender a eficácia da Lei Municipal em questão até o julgamento final da ação (fls. 36/39).

A Ínclita Câmara Municipal de Potim prestou informações (fls. 51/54).

A D. Procuradora-Geral do Estado, regularmente citada (fl. 42), deixou de se manifestar (fl. 47).

A D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pela procedência da ação, para declarar inconstitucional a Lei Municipal nº 1.202, de 15 de março de 2023 (fls. 59/70).

É, em síntese, o relatório.

A ação deve ser julgada procedente.

A norma impugnada tem a seguinte redação, ***verbis***:

> "Art. 1º – Fica revogada na íntegra a Lei Municipal nº 1.160/2022, de 26 de abril de 2022, aplicando efeito repristinatório à Lei nº 604/2006, de 18 de dezembro de 2006.
>
> Art. 2º – Volta a vigorar na íntegra a Lei Municipal nº 604/2006, de 18 de dezembro de 2006 em todos os seus efeitos legais, conforme ampa-

Acesso ao Sumário

ra o § 3º do Art. 2º do Decreto-Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942.

Art. 3º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

Por outro lado, a Lei Municipal nº 1.160/2022, de 26 de abril de 2022, dispunha:

"Art. 1º. Revoga a Lei Municipal nº 604/2006 de 18 de dezembro de 2006.

Art. 2º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

E, por fim, a Lei Municipal nº 604/2006, represtinada pela norma ora impugnada, tem a seguinte redação:

"Art. 1º Fica terminantemente proibida a utilização de películas de proteção contra raios solares, tipo 'insulfilm', mesmo que estas estejam dentro dos padrões estabelecidos pela Legislação de Trânsito em vigor, nos vidros dos veículos pertencentes à Prefeitura Municipal de Potim.

Art. 2º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

Importa considerar, de início, em relação à alegada inconstitucionalidade formal, por violação ao art. 29, da Constituição Estadual, que não foi devidamente demonstrado pelos documentos juntados aos autos, como, inclusive, bem anotado no r. parecer da D. Procuradoria de Justiça.

De qualquer forma, restou devidamente caracterizada a inconstitucionalidade da norma impugnada.

O Poder Legislativo de Potim, ao proibir a aplicação de películas de proteção em vidros de veículos da frota oficial do Município, violou o princípio da Separação dos Poderes, ao legislar sobre matéria reservada ao Chefe do Poder Executivo (art. 24, § 2º, 2, da CE), e, também, usurpou atribuição de exclusiva competência administrativa do Poder Executivo (art. 47, II, XIV e XIX, "a", da CE), tendo, ainda, violado o princípio do Pacto Federativo, por usurpar competência legislativa privativa da União para legislar sobre diretrizes da política nacional de transporte e matérias afeitas ao trânsito e transporte (art. 22, IX e XI, da CF).

O Poder Legislativo local criou obrigações para o Poder Executivo do Município de Potim, delimitando a atuação da Administração Pública, ao proibir a utilização películas de proteção em vidros, "insulfilm", de veículos da frota oficial do Município.

Importa considerar, neste aspecto, que a atividade em questão é própria da Administração Pública, que se insere no juízo da discricionariedade administrativa do Chefe do Poder Executivo, do que decorre a competência do Prefeito Municipal, amparado por critérios de conveniência e oportunidade, para definir o modo e a eventual expedição de ato administrativo correlato à utilização de tais películas ou não.

Acesso ao Sumário

O Excelso Supremo Tribunal Federal, a este respeito, ao julgar o ARE 878.911/RJ, *leading case* em que se deu a fixação da Tese do Tema 917 de Repercussão Geral, reafirmou sua jurisprudência dominante no sentido de que "Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal).".

Importa observar, nesse sentido, que a norma em questão fixa verdadeira proibição dirigida ao Prefeito Municipal, o que, à evidência, viola o juízo da discricionariedade administrativa do Chefe do Poder Executivo.

Importa observar, aliás, que, sob pena de violar o art. 5º, da Constituição Estadual, o Prefeito Municipal não depende de autorização do Poder Legislativo para o exercício de atos de sua exclusiva competência.

Nesse sentido, já decidiu esse Colendo Órgão Especial:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 2.072, DE 16 DE SETEMBRO DE 2016, DO MUNICÍPIO DE TEODORO SAMPAIO QUE 'PROÍBE O USO DE PELÍCULA REFLETIVA TIPO 'INSUFILME' NOS VIDROS DOS VEÍCULOS OFICIAIS DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE TEODORO SAMPAIO - SP' – DIPLOMA NORMATIVO DE AUTORIA PARLAMENTAR – ATO TÍPICO DE ADMINISTRAÇÃO, CUJO EXERCÍCIO E CONTROLE CABE AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – LEI MUNICIPAL, ADEMAIS, QUE EXTRAPOLA REGRAS GERAIS ESTABELECIDAS EM LEGISLAÇÃO FEDERAL – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TRÂNSITO E TRANSPORTE – OFENSA AO PACTO FEDERATIVO E AOS ARTIGOS 1º, 5º, 47, INCISOS II, XIV E XIX, LETRA 'A', E 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO PROCEDENTE". "A edição de lei, por determinado ente da federação, que contrarie critérios legitimamente veiculados pela União, ofende diretamente o texto constitucional. Precedentes do E. STF". "É inconstitucional a lei municipal que, em matéria inserida na competência legislativa privativa da União, utiliza-se do argumento do interesse local para restringir ou ampliar as determinações contidas em texto normativo de âmbito nacional". "A disciplina legislativa que estabelece a proibição total de utilização de película refletiva por veículos oficiais do Município contraria regras permissivas estabelecidas em texto normativo de alcance nacional, o que configura usurpação de competência da União e traduz, ipso facto, ofensa ao princípio federativo" (ADI 2204189-47.2016.8.26.0000, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. em 19 de abril de 2017)

Importa considerar, ademais, que a lei versa sobre diretrizes da política nacional de transporte e questão envolvendo trânsito e transporte, matéria legislativa de competência privativa da União (art. 22, IX e XI), contrariando, assim, o conceito de Federação e violando, por conseguinte, os princípios que regem a

Acesso ao Sumário

repartição constitucional de competências.

Insta consignar, nesse aspecto, que o art. 111, inciso III, da Lei 9.503/97, o Código de Trânsito Brasileiro, já estabeleceu que a colocação de película em veículo é devidamente regulamentada pelo Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), observado eventual comprometimento da segurança do automóvel.

Nesse sentido, já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal:

> "CONSTITUCIONAL. TRÂNSITO. VEÍCULOS: PELÍCULA DE FILME SOLAR. Lei 6.908, de 01.7.97, do Estado de Mato Grosso. C.F., art. 22, XI. I. – Legislação sobre trânsito: competência privativa federal: C.F., art. 22, XI. II. – Lei 6.908, de 1997, do Estado de Mato Grosso, que autoriza o uso de película de filme solar nos vidros dos veículos: sua inconstitucionalidade, porque a questão diz respeito ao trânsito. III. – ADIn julgada procedente." (ADIn 1.704-1, Mato Grosso, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 1/8/2002).

Dessa forma, seja por competir ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que tratam de atos de gestão, seja por competir à União legislar sobre trânsito e transporte, a norma impugnada é incompatível com os arts. 5º, 24, § 2º, 2, e 47, II, XIV e XIX, 'a', da Constituição Estadual, e art. 22, IX e XI, da Constituição Federal, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144, da Constituição Estadual, sendo, assim, de rigor a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal 1.202, de 15 de março de 2023, do Município de Potim.

Face ao exposto, meu voto julga procedente a presente ação direta para reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.202, de 15 de março de 2023, do Município de Potim.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2173929-40.2023.8.26.0000, 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 IMPROCEDENTE, CASSADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.812)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE,

Acesso ao Sumário

TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 6.414/2023 de Catanduva, que "dispõe sobre a implantação do programa municipal 'Alerta Escolar' nos estabelecimentos de ensino da rede municipal de Catanduva" – iniciativa parlamentar – ação proposta pelo Prefeito

1. Norma que busca proteger os direitos das crianças e adolescentes à vida, educação, saúde, "além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão", nos termos do art. 277 da CE – inexistência de vício de iniciativa.

2. Lei que não trata da criação ou extinção de ocupações públicas na administração direta e autárquica, tampouco cuida do regime jurídico de servidores ou da criação ou extinção de secretarias municipais e órgãos da administração – regramento que não estipula obrigações específicas para o Poder Executivo, apenas atribui a ele a regulamentação da norma – implementação do programa que depende do total juízo de conveniência e oportunidade da Prefeitura – inocorrência de violação ao art. 24, § 2º, da CE, ou ao Tema 917 do STF.

3. Falta de previsão de fonte de custeio para a execução do quanto previsto em lei que crie despesa para a Administração Pública não a eiva de inconstitucionalidade, somente impedindo sua aplicação no exercício em que promulgada – ausência de infringência ao art. 25 da CE.

4. Ação julgada improcedente, cassada a liminar anteriormente deferida.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do

Acesso ao Sumário

Município de Catanduva em face da Lei Municipal nº 6.414, de 15 de junho de 2023, de iniciativa parlamentar, que "dispõe sobre a implantação do programa municipal 'Alerta Escolar' nos estabelecimentos de ensino da rede municipal de Catanduva".

Alega afronta aos arts. 5º, 47, II, XIV e XIX, "a", da Constituição Estadual, aplicáveis aos municípios por força do art. 144 da CE, bem como à Lei Orgânica de Catanduva, porque, ao tratar de assuntos referentes à organização e ao funcionamento da Administração Municipal, a ela impondo obrigações materiais, a norma invadiu esfera de competência exclusiva do Poder Executivo, violando o princípio da separação de poderes e incorrendo, assim, em inconstitucionalidade por vício de iniciativa. Pretende, desse modo, a declaração de inconstitucionalidade da lei.

Deferida liminar para suspensão dos efeitos da norma questionada (fls. 34/35).

A Câmara Municipal de Catanduva prestou informações às fls. 47/51, defendendo a constitucionalidade da lei.

Citada, a Procuradoria-Geral do Estado não se manifestou (fl. 163).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela improcedência do pleito (fls. 168/173).

É o relatório.

A arguição de inconstitucionalidade recai sobre a Lei nº 6.414/2023 (fl. 16), do Município de Catanduva, de iniciativa da Câmara de Vereadores:

Lei nº 6.414, de 15 de junho de 2023

"Dispõe sobre a implantação do programa municipal 'Alerta Escolar' nos estabelecimentos de ensino da rede municipal de Catanduva".

Art. 1º – Fica instituído, no âmbito dos estabelecimentos de ensino da Rede Pública Municipal de Ensino de Catanduva, o Programa "Alerta Vermelho", tendo por objetivo o acionamento mais célere dos órgãos competentes de saúde, segurança ou resgate em situações de risco iminente.

Art. 2º O Programa de que trata esta lei consiste na implantação de dispositivo de segurança físico ou digital, a ser aclarado pelo agente escolar competente, sempre que for constatado perigo iminente para a saúde e a segurança dos alunos em ambiente escolar, tais como: atos violentos, tráfico de drogas, incêndio, dentre outros.

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no que for cabível, principalmente no que diz respeito ao funcionamento do alarme, local de implantação nas escolas, quais órgãos serão acionados e de que forma.

Alt. 4º As despesas decorrentes da aplicação desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias do município, suplementadas se necessário.

Acesso ao Sumário

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

De partida, cabe lembrar que restrito o objeto de ADI e, por isso, aqui apenas se verificará a compatibilidade da lei impugnada com a CE e a CF, desconsiderado o argumento do autor de violação também à Lei Orgânica Municipal, respeitando-se, assim, o entendimento do STF de que "inviável a análise de outra norma municipal para aferição da alegada inconstitucionalidade da lei" (STF, AgR-RE 290.549-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, 28-02-2012, m.v., DJe 29-03-2012)", e de que "a pretensão de cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outra norma infraconstitucional não enseja ação direta de inconstitucionalidade" (STF, AgRADI 3.790-PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, 29-11-2007, v.u., DJe 01-02-2008)".

Isso posto, em análise mais aprofundada do que aquela realizada em juízo de cognição sumária do pleito liminar, não se vislumbra inconstitucionalidade a fulminar a norma.

Com efeito, o regramento discutido busca garantir a segurança dos alunos dentro do ambiente escolar, provendo instituições de ensino públicas municipais de dispositivos tecnológicos que possibilitem o rápido acionamento de órgãos de segurança em caso de perigo iminente.

Desse modo, pode-se dizer que a lei, numa visão ampla, pretende, nas bem colocadas palavras do PGJ no parecer, "dar concretude aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes previstos na Constituição, especificamente o de experimentar absoluta prioridade nas questões afetas à sua saúde, educação, respeito e, especificamente, 'colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão' (art. 277, caput, da Constituição Estadual) garantido através do 'primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias', 'precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública', 'preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas' e 'destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude', tal como expressamente preconizado no art. 4º, parágrafo único, da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)" (fls. 170/171).

Acesso ao Sumário

Fácil constatar que não faria sentido restringir a iniciativa de leis que pretendam conferir maior proteção a direitos da infância e da juventude, atribuindo competência exclusiva à Administração Pública para cuidar do tema, inibindo propostas do Poder Legislativo nessa linha. Na verdade, estabelecer tais limites seria inconstitucional, em detrimento do disposto no art. 277 da Constituição Estadual, que determina que ao "Poder Público", em sentido amplo, compete preservar, "com absoluta prioridade", os direitos de crianças e adolescentes (entre eles a vida, a saúde, a educação, "além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão"):

Artigo 277, CE – Cabe ao Poder Público, bem como à família, assegurar

à criança, ao adolescente, ao jovem, ao idoso e aos portadores de deficiências, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão. (NR)

Note-se que o dispositivo incumbe também a família, isto é, particulares, de assegurar tais direitos. Nesse quadro, não haveria por que impedir o Poder Legislativo, inserido no conceito de "Poder Público", de elaborar leis – sua tarefa precípua – nessa linha.

Não à toa, não se vislumbra do rol do art. 24, § 2º, da Constituição Estadual, que estipula as matérias reservadas ao Poder Executivo e é aplicável aos municípios em razão do art. 144 da CE, nada que retire a validade da lei aqui discutida. Afinal, ela não aborda criação ou extinção de ocupações públicas na administração direta e autárquica, tampouco cuida do regime jurídico de servidores ou da criação ou extinção de secretarias municipais e órgãos da administração.

Pela mesma razão, inexiste afronta ao Tema 917 do STF, dotado de repercussão geral, cujo próprio teor rechaça a tese do alcaide de que a Lei nº 6.414/2023 teria avançado sobre a competência privativa da Administração. Dispõe o postulado que "não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a, 'c e 'e'" da Constituição Federal)".

Ora, a norma não regulamenta qualquer dessas circunstâncias, tanto que a petição inicial da ADI é bastante inespecífica, não indicando claramente de que forma o regramento local teria desrespeitado os limites constitucionais. O argumento que mais se aproxima disso é o de que a lei cria e regulamenta programa que impõe obrigações materiais à Prefeitura, o que representaria indevida ingerência do Parlamento no Executivo. Todavia, como não poderia ser diverso, o art. 3º deixa todo o tratamento do programa a cargo da Administração, sem definir prazos, locais, sistemas a serem usados, órgãos a serem acionados, etc. Em suma, a implantação do "Alerta Escolar" depende da completa avaliação da conveniência e oportunidade pela Prefeitura. A esta cabe regulamentar e executar o programa, quando compreender pertinente.

Interessante registrar que o leading case que levou à edição do Tema 917 do STF (RE 878.911) cuidava justamente de lei que, semelhante à aqui abordada, versava sobre instalação de câmeras de monitoramento em escolas do Município do Rio de Janeiro, reputada constitucional por, repita-se, não disciplinar matérias reservadas à Administração.

No mais, fenece a ponderação de violação ao art. 25 da CE. Sedimentado no STF e neste C. Órgão Especial que a falta de previsão de fonte de custeio

Acesso ao Sumário

para a execução do quanto previsto em lei que crie despesa para a Administração Pública não a eiva de inconstitucionalidade, somente impedindo sua aplicação no exercício em que promulgada.

Todo o exposto segue a orientação deste Órgão Especial, como demonstram os seguintes precedentes em situações parecidas:

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.352/2020, do Município de Araras, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a instalação de detectores de metais em estabelecimentos de ensino e dá outras providências – Matéria que não se encontra especificamente no rol de competência privativa do Poder Executivo – Norma que não ingressa na estrutura ou atribuição dos órgãos da Administração Pública e nem no regime jurídico dos servidores – Ausência de interferência na gestão administrativa – Inviabilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade – Tema de repercussão geral estabelecido pelo STF (Tema 917) – Proteção integral de crianças e adolescentes que é direito fundamental de segunda geração, impondo prestação positiva de todos os entes políticos – Precedentes Órgão Especial – Inconstitucionalidade não configurada – Ação improcedente" (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2171286-80.2021.8.26.0000; Relator: Moreira Viegas; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 26/01/2022; Data de Registro: 04/02/2022).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 13.745, de 02.07.21, do Município de São José do Rio Preto, que 'dispõe sobre a instalação de câmeras de monitoramento de segurança em todos os prédios e espaços públicos municipais' Vício de iniciativa. Inocorrência. Orientação do Eg. Supremo Tribunal Federal, Tema nº 917. Organização administrativa. Ausência de vício. Observado o princípio da separação dos poderes. Não configurada indevida ingerência. Determinações genéricas. Precedentes. Fonte de custeio. Ausência de indicação ou indicação genérica não torna a norma inconstitucional, podendo resultar apenas em sua inexequibilidade para o mesmo exercício. Precedentes. Ação improcedente" (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2164242-10.2021.8.26.0000; Relator: Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 01/12/2021; Data de Registro: 02/12/2021).

"A lei ora impugnada não confronta o art. 24 da Constituição do Estado, eis que não ampliou a estrutura da Administração Pública, nem dispõe sobre matérias reservadas em rol taxativo de iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Assim, a norma impugnada não criou ou extinguiu Secretarias e órgãos da Administração Pública; não criou ou extinguiu cargos, funções ou empregos públicos e não fixou a respectiva remuneração; não dispôs sobre servidores públicos ou sobre militares e tampouco sobre os respectivos regimes jurídicos. A Lei Municipal nº 8.066, de 30 de novembro de 2022, dispõe sobre a ação do Poder Público na efetivação da segurança escolar, estabelece o que se entende como área de segurança escolar, define atribuições destinadas à promoção da segurança nos entornos das instituições de ensino municipais, bem como sua organização e delibera sobre as orientações programáticas. O certo é que o as-

Acesso ao Sumário

sunto tratado na lei impugnada não se encontra no rol taxativo da Constituição Estadual (nos termos do art. 24), logo não existe ofensa às iniciativas legislativas do Chefe do Poder Executivo, ficando afastada a hipótese de vício formal" (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2024377-98.2023.8.26.0000; Relator: Damião Cogan; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 20/09/2023; Data de Registro: 22/09/2023).

Frente ao exposto, cassada a liminar deferida, julga-se improcedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2219071-67.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PEDREGULHO e PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDREGULHO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36508)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, CORREIA LIMA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2024.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: – Ação direta de inconstitucionalidade – Artigo 146 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Pedregulho, que determina ao Presidente da Câmara que invoque a proteção de Deus no início de cada sessão legislativa – Dispositivo que implica crença na existência de Deus e obriga todos os vereadores a participar da invocação religiosa, mesmo aqueles que se consideram ateus ou agnósticos – Ofensa aos princípios da liberdade religiosa, da laicidade do Es-

Acesso ao Sumário

tado e da isonomia (artigos 5º, caput, e VI, e 19, I e III, da Constituição Federal, aplicáveis ao caso por força do artigo 144, da Constituição Estadual) – Inconstitucionalidade reconhecida – Precedentes do STF e do C. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça – Pedido procedente.

VOTO

Trata-se de ação proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, pretendendo obter a declaração de inconstitucionalidade do artigo 146 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Pedregulho, assim redigido: "Artigo 146 – Declarada aberta a sessão, o Presidente proferirá as seguintes palavras: 'Sob a proteção de Deus, iniciamos os nossos trabalhos'.".

O autor alega que o dispositivo atenta contra os princípios da laicidade do Estado e da isonomia, infringindo os artigos 5º, *caput*, e 19, I e III, da Constituição Federal, bem como o artigo 144, da Constituição do Estado de São Paulo, porque o Poder Público não pode demonstrar preferência por determinada religião ou igreja e desconsiderar quem professa outra fé ou não partilha de fé nenhuma.

Não foi formulado pedido de tutela de urgência.

Vieram aos autos informações da Câmara Municipal de Pedregulho (fls. 202/208) e manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 217/220).

A Câmara Municipal de Pedregulho sustenta que: a) a expressão "sob a proteção de Deus" consta tanto do preâmbulo da Constituição Federal, quanto do da Constituição Estadual; b) o preâmbulo de Constituição projeta os seus ideais, assim como "a impressão filosófica e política da nação" (fl. 203); c) o preâmbulo tem relevância "do ponto de vista interpretativo/aplicativo do ordenamento jurídico" (fl. 203); d) o artigo regimental impugnado se limitou a reproduzir parte do texto da Constituição Federal; e) a Suprema Corte já foi instada a se manifestar sobre a expressão "sob a proteção de Deus", constante do preâmbulo da Constituição, e nunca a declarou inconstitucional; f) a "proteção de Deus" é declaração programática e sua reprodução obedece ao princípio da simetria; g) o conceito de Estado laico não se confunde com o de "Estado não ateu", que não se vincula a religião; h) a invocação da proteção de Deus não conflita com a liberdade religiosa e de culto; e i) a referência a Deus, na Constituição de 1988, do mesmo modo que a expressão "Deus seja louvado", impressa nas cédulas de papel-moeda, "consubstancia a vontade e o pensamento da esmagadora maioria dos brasileiros" (fl. 206).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do pedido, alegando que: a) o preâmbulo da Constituição Federal não tem caráter normativo, para ser utilizado como parâmetro de controle de constitucionalidade; b) o dis-

Acesso ao Sumário

positivo impugnado está em descompasso com o princípio da laicidade estatal, que decorre do artigo 19, I, da Constituição Cidadã; e c) a norma de Pedregulho trata com indiferença aqueles que seguem outras religiões e os que não seguem religião nenhuma, violando o princípio da isonomia (fls. 217 a 220).

A Procuradora-Geral do Estado foi citada, mas não se manifestou (fls. 193/195, 198 e 211).

O Prefeito de Pedregulho, apesar de intimado, da mesma forma, não se manifestou (fls. 196, 199 e 212).

É o relatório.

O autor alega a inconstitucionalidade material do artigo 146 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Pedregulho, que determina que o Presidente da Casa invoque a proteção de Deus no início de cada sessão legislativa, nos seguintes termos:

> "Artigo 146 – Declarada aberta a sessão, o Presidente proferirá as seguintes palavras: 'Sob a proteção de Deus, iniciamos os nossos trabalhos'."

Segundo a inicial, o dispositivo impugnado viola os artigos 5º, *caput*, e 19, I e III, da Constituição Federal e, também, o artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo, assim redigidos:

> "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: (...)"
>
> "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;
>
> (...)
>
> III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si."
>
> "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.".

Depreende-se do artigo 144 da Constituição Estadual, editado em consonância com o artigo 29 da Constituição Federal, que, conquanto os Municípios gozem de significativa autonomia, com o que podem se organizar e editar suas próprias Leis Orgânicas, devem atender aos princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual.

De igual modo, as Câmaras Municipais podem elaborar seus próprios Regimentos Internos (artigo 20, II, da Constituição Estadual), mas devem respeitar as mesmas balizas constitucionais.

Nesse ponto, vale rememorar que "Tribunais de Justiça podem exercer

Acesso ao Sumário

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" (STF, RE nº 650.898/RS, rel. Ministro Marco Aurélio, relator p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, j. 01.02.2017).

A norma impugnada tem inequívoco caráter religioso e atenta contra o princípio constitucional da laicidade do Estado, que é de observância obrigatória.

Tal princípio impede o Estado de estabelecer, promover, demonstrar preferência, beneficiar, ou, de outro modo, proibir, extinguir, restringir ou prejudicar qualquer igreja, religião, crença, culto ou evento religioso, em quaisquer das suas esferas e poderes e por quaisquer de seus órgãos e agentes.

O princípio da laicidade impõe que o Estado deve se manter absolutamente neutro quanto a assuntos ligados à fé, cujo exercício é individual e inviolável, nos termos do artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal: "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".

Disso decorre, também, que ninguém pode ser obrigado a professar algum tipo de fé nem constrangido a participar de atos, cultos ou termos e invocações inerentes à fé alheia.

Ao determinar que o Presidente da Câmara Municipal de Pedregulho invoque a proteção de Deus na abertura das sessões legislativas, a norma impugnada afirma crença na existência de Deus e obriga todos os vereadores a participar da invocação, de cunho religioso, o que não se coaduna com a laicidade do Estado, infringe o princípio da isonomia, consagrado no artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo ("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"), e o da liberdade religiosa e implica inconstitucionalidade material.

Analisando a questão, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

– "(...) Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual ou a ausência dela, o ateísmo, serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem hão de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma

Acesso ao Sumário

democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida. (...) Ao Estado brasileiro é terminantemente vedado promover qualquer religião. Todavia, como se vê, as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa não param aí – são mais extensas. Além de impor postura de distanciamento quanto à religião, impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las. Não se cuida apenas de ser tolerante com os adeptos de diferentes credos pacíficos e com aqueles que não professam fé alguma. Não se cuida apenas de assegurar a todos a liberdade de frequentar esse ou aquele culto ou seita ou ainda de rejeitar todos eles. A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução (...)" (ADPF 54, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.12.2012, *g.n.*).

– "A laicidade estatal, longe de impedir a relação do Estado com as religiões, impõe a observância, pelo Estado, do postulado da imparcialidade (ou neutralidade) frente à pluralidade de crenças e orientações religiosas e não religiosas da população brasileira. (...). Viola os princípios da isonomia, da liberdade religiosa e da laicidade estatal dispositivos legais que tornam obrigatória a manutenção de exemplares da Bíblia Sagrada nas unidades escolares da rede estadual de ensino e nos acervos das bibliotecas públicas, às custas dos cofres públicos." (ADI 5256, rel. Min. Rosa Weber, j. 25.10.2021, *g.n.*)

– "A regra de neutralidade do Estado não se confunde com a imposição de uma visão secular, mas consubstancia o respeito e a igual consideração que o Estado deve assegurar a todos dentro de uma realidade multicultural (...). O direito à liberdade de religião, como expectativa normativa de um princípio da laicidade, obsta que razões religiosas sejam utilizadas como fonte de justificação de práticas institucionais e exige de todos os cidadãos, os que professam crenças teístas, os não teístas e os ateístas, processos complementares de aprendizado a partir da diferença. (...)

É precisamente em relação ao dever de neutralidade imposto ao Estado pelo princípio da laicidade que a norma impugnada padece de inconstitucionalidade. Tal como assentou a Procuradoria-Geral da República em seu parecer, 'a norma estadual atacada demonstra predileção pela orientação evangélica em detrimento daquelas inerentes aos demais grupos religiosos, e o intuito de impor às corporações militares a primeira doutrina'. (...)

Ao conter predileção por uma orientação religiosa, a norma atacada quebra não apenas o dever de neutralidade estatal, como também viola a

Acesso ao Sumário

liberdade religiosa e de crença dos demais integrantes da carreira que não professam a mesma fé. Ao assegurar a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva a Constituição está a garantir que essa seja realizada para as diversas orientações religiosas, mantido invariavelmente o caráter facultativo de participação aos cidadãos em geral. Encontram-se, assim, violados os incisos VI e VII do art. 5º, do texto constitucional." (ADI 3478, rel. Min. Edson Fachin, j. 20.12.2019, g.n.).

Na mesma linha e tratando especificamente do tema desta ação, há precedentes do C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, de que são exemplos os seguintes:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação que objetiva a declaração de inconstitucionalidade do § 5º do artigo 2º e dos §§ 1º e 2º do artigo 146 da Resolução n. 01, de 12 de agosto de 2.016, da Câmara Municipal do Município de São Lourenço da Serra. Alegação de violação ao artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo, por serem incompatíveis com os artigos 5º e 19, I e III, da Constituição Federal. Parcial procedência. Parágrafos 1º e 2º do artigo 146 da Resolução objurgada que violam os princípios da liberdade religiosa e laicidade estatal, bem como os princípios da isonomia, finalidade e do interesse público, ao obrigarem, nas disposições do Regimento Interno, sejam todas as sessões da Câmara Municipal abertas com a frase "Reunidos sob a proteção de Deus, iniciamos os nossos trabalhos", bem como com a subsequente leitura de um texto da Bíblia por um dos vereadores presentes. 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. Precedentes. § 5º do artigo 2º da Resolução n. 01, de 12 de agosto de 2.016, do Município de São Lourenço da Serra. Liberalidade de colocação de crucifixo no recinto de reuniões do Plenário da Câmara Municipal que não desafia os artigos 5º, inciso VI e 19, inciso I, da Constituição Federal e os artigos 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Entendimento consolidado do CNJ. Tolerância à liberdade religiosa e respeito a símbolo cultural e não apenas religioso, bem assim à formação histórica do país que não afronta o princípio da laicidade. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente. (ADIN nº 2122231-92.2023.8.26.0000, rel. Des. Aroldo Viotti, j. 22.11.2023);

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 – Inconstitucionalida-

Acesso ao Sumário

de das expressões “sob a proteção de Deus” e “sagrado” reconhecida – Ação julgada procedente. (ADIN nº 2004314-52.2023.8.26.0000, rel. Des. Ademir Benedito, j. 21.06.2023);

Ação direta de inconstitucionalidade em face da expressão “e o presidente, dizendo que ‘sob a proteção de Deus, iniciamos nossos trabalhos’ solicitará a um Vereador, inscrito por ordem alfabética, que faça a leitura de um texto da Bíblia Sagrada, pelo tempo de até três minutos”, constante do § 1º do art. 141 Resolução n.º 2.051, de 31 de outubro de 2022, do Município de Araçatuba – 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 5, inciso VI, e 19, inciso I, da Constituição Federal e aos artigos 111 e 144 da Carta Bandeirante – Ação procedente. (ADIN nº 2294532-79.2022.8.26.0000, rel. Des. Vianna Cotrim, j. 24.05.2023).

Do mesmo Órgão Especial, tratando de temas correlatos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Município de Artur Nogueira. alínea ‘a’, inciso I, do art. 139, da Resolução nº 110, de 11 de outubro de 2022, que determina, antes do início das sessões, “... a leitura da Bíblia Sagrada, a votação da ata da sessão anterior, a leitura das matérias e proposições apresentadas à Câmara Municipal, à leitura e votação de requerimentos, moções e a apresentação de indicações”. Afronta ao princípio da laicidade do Estado (art. 19, I da CF) verificada. Dever de neutralidade imposto ao Estado impede a participação do Município em assuntos religiosos. Configurada, ademais, descabida predileção em favor de determinada religião. Pacto Federativo. Inconstitucionalidade reconhecida. Precedentes da Suprema Corte e do C. Órgão Especial. Ação procedente. (ADIN nº 2300640-27.2022.8.26.0000, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 09.08.2023);

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 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. (ADIN nº 2060503-84.2022.8.26.0000, rel. Des. Moacir Peres, j. 06.09.2022);

Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo D. Procurador-Geral

Acesso ao Sumário

de Justiça – Lei nº 7.236/2009, do Município de Franca, de iniciativa parlamentar, a qual estabelece, dentre outros, que, "na semana da realização da EXPOAGRO – Feira Agropecuária de Franca, um dia será reservado para Shows de Músicas Gospel e Ecumênica" – Alegada usurpação da competência privativa do Chefe do Executivo, com violação dos arts. 5º, 47, XIV e XIX, "a" e 144 da CE – Inocorrência de vício de iniciativa, à luz do Tema nº 917 de Repercussão Geral – Ofensa, contudo, aos postulados da laicidade estatal e igualdade, insculpidos nos arts. 5º e 19, I e III da CF – Expressão "Gospel" que implica favorecimento de determinada religião, ferindo a neutralidade estatal prevista na Carta Magna – Precedentes do E. STF – Pedido julgado parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "Gospel", presente no caput e parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.236/2009 do Município de Franca. (ADIN nº 2089230-19.2023.8.26.0000, rel. Desª. Luciana Bresciani, j. 26.07.2023);

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Município de São Carlos. Resolução nº 222, de 3 de julho de 2002, da Câmara Municipal de São Carlos, que "dispõe sobre a obrigatoriedade de se manter um exemplar da Bíblia Sagrada na Mesa Diretora do Plenário da Câmara Municipal e dá outras providências". Ilegitimidade do prefeito para figurar no polo passivo da ação. Reconhecimento. Ato normativo impugnado que é de competência exclusiva da Edilidade, sem qualquer participação do Chefe do Poder Executivo. Vício material de inconstitucionalidade. Laicidade estatal. Ofensa caracterizada. A manutenção e leitura obrigatórias da Bíblia Sagrada no plenário da Câmara Municipal institui "comportamento, em espaço público estatal, de divulgação, estímulo e promoção de conjunto de crenças e dogmas nela presentes" (STF, ADI nº 5.256/MS), configurando preferência religiosa em consequente ofensa à neutralidade estatal, constitucionalmente prevista. Incompatibilidade da norma com os princípios de igualdade, finalidade e interesse público. Jurisprudência do STF e deste Colendo Órgão Especial. Inconstitucionalidade verificada. AÇÃO PROCEDENTE. (ADIN nº 2294132-65.2022.8.26.0000, rel. Des. Jarbas Gomes, j. 17.05.2023).

O preâmbulo da Constituição Federal invoca a "proteção de Deus" (assim como o faz o preâmbulo da Constituição Paulista), *mas* não tem força normativa, como se depreende do artigo 3º da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, e não impõe sua reprodução obrigatória, pelo princípio da simetria, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. – Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. – Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória

Acesso ao Sumário

na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (Pleno, ADI 2076, rel. Ministro Carlos Velloso, j. 15.08.2002).

No mesmo sentido a mais recente decisão deste C. Órgão Especial, com expressiva informação doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, cuja ementa é a seguinte:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO QUE PRECEITUA A ABERTURA DE CADA SESSÃO LEGISLATIVA, NA CÂMARA MUNICIPAL DE RIFAINA, COM AS PALAVRAS "SOB A PROTEÇÃO DE DEUS", DETERMINANDO-SE AINDA QUE A BÍBLIA FIQUE À DISPOSIÇÃO DURANTE "TODO O TEMPO DA SESSÃO". ACOLHIMENTO DA DEMANDA.

O fato de admitir-se a controversa tese de que o preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 – em que se contêm as expressões "sob a proteção de Deus" – não frui de força normativa (menos ainda de reprodução obrigatória), não impede, contudo, seja esse preâmbulo texto de livre imitação pelos atos normativos subconstitucionais.

Para acolher, porém, a legitimidade de incorporar um texto de mera imitação, não basta reproduzir-lhe as palavras, senão que se devem observar as notas de sua compreensão, mormente considerando seus fins.

O reconhecimento de que, à luz da Constituição vigente, o Brasil seja um estado teísta (é dizer, que não seja um estado ateu nem agnóstico, mas tampouco um estado religioso), não permite, porém, da só afirmação dessa identidade teísta do Estado brasileiro concluir que caiba impor a profissão do teísmo (arreligioso) a determinadas pessoas. De não ser assim, haveria maltrato consequente, quanto a ateus e agnósticos, da liberdade de consciência, e, quanto a crentes, da liberdade religiosa.

Nesse sentido, aponta-se o reiterado e uníssono entendimento deste Órgão Especial (ADI 2004314-52.2023, Rel. Des. ADEMIR BENEDITO; ADI 2294532-79.2022, Rel. Des. VIANNA COTRIM; ADI 2294132-65.2022, Rel. Des. JARBAS GOMES; ADI 2294098-90.2022, Rel. Des. MARCIA DALLA DÉA BARONE; ADI 2060503-84.2022, Rel. Des. MOACIR PERES, APUD ADI 2157500-95.2023, Rel. Des. MATHEUS FONTES; em acréscimo: ADI 2300.640-27.2022, Rel. Des. EVARISTO DOS SANTOS).

– Por seus fins, pode a Bíblia distinguir-se (i) enquanto se tenha por fonte da Revelação em que se considera livro sagrado para judeus e cristãos (e, de algum modo, para muçulmanos), e (ii) enquanto expressão da cultura. Ao prever-se na discutida Resolução rifainense que a Bíblia esteja à disposição no lugar e no tempo das sessões de sua Câmara de Vereadores, não se trata de permitir o acesso a uma expressão cultural, mas, isto sim, de referir à presença do documento um sentido religioso, vulnerando-se o que dispõe o inciso III do art. 19 da Constituição federal

Acesso ao Sumário

e o art. 144 da Constituição paulista.

Procedência da ação de inconstitucionalidade. (ADIN nº 2227540-05.2023.8.26.0000, rel. Des. Ricardo Dip, j. 6.12.2023).

Por não integrar a parte normativa da Constituição – que, na linha do artigo 3º, II, da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, compreende apenas o texto das normas de conteúdo substantivo a ela relacionadas –, o preâmbulo não serve como parâmetro de controle de constitucionalidade.

Depois, não se ignora que a invocação prevista no dispositivo impugnado não se dirige, especificamente, ao deus de uma determinada religião (de maneira que cada vereador poderia invocar a proteção do seu próprio deus – aqui concebido como pessoa, entidade, força ou energia transcendental objeto de fé –, ou deuses, na abertura das sessões legislativas), e que há distinção entre os conceitos de Estado laico e Estado ateu (conforme foi proposto pela Câmara de Pedregulho nas informações de fls. 202/208), e também entre laicidade e laicismo.

No Estado laico, há separação entre fé, religião e Estado e proteção à liberdade de crença e culto, respeitando-se, ainda, o direito de não ter ou de não confessar crença nenhuma.

A laicidade é característica dos Estados não confessionais, que assumem posição de neutralidade religiosa.

Já no Estado ateu, nega-se a existência de um ser supremo, favorecendo-se o laicismo, que implica postura de intolerância religiosa.

O Estado Brasileiro, como dito, é laico, e não ateu, pois, ao invés de se opor à religião ou dificultar o seu livre exercício, autoriza e protege todas as religiões, crenças e cultos.

No caso em exame, o que se vê é que, ao impor a todos os vereadores do Município de Pedregulho que participem de ato de invocação divina, o dispositivo questionado, embora não agrida quem crê em um ou mais deuses, atenta contra os que se consideram ateus ou agnósticos (quem não crê em deus nenhum ou considera a fé em Deus algo inacessível ou incognoscível ao entendimento humano), nisto residindo a inconstitucionalidade da norma.

A discussão é muito diferente da que se refere à expressão "Deus seja louvado", constante das cédulas de papel-moeda de real, também citada pela Câmara Municipal de Pedregulho, ou das que tem por objeto o uso ou a manutenção de símbolos religiosos em locais públicos, já que, *neste caso*, repita-se, o dispositivo atacado não apenas alude à existência de Deus, mas obriga todos os vereadores a participar de ato ou invocação de cunho religioso, o que, no nosso sistema, não é admissível.

Assim, fica proclamada a inconstitucionalidade do artigo 146 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Pedregulho, por ofensa direta aos princípios da liberdade religiosa, da laicidade do Estado e da isonomia (artigos 5º, *caput*, e VI, e 19, I e III, da Constituição Federal e 144 da Constituição do

Estado de São Paulo).

Diante do exposto, julgo o pedido procedente, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 146 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Pedregulho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0121444-20.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor SINDICATO DA INDÚSTRIA DE MATERIAL PLÁSTICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIO CLARO e PREFEITO MUNICIPAL DE RIO CLARO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, A AÇÃO IMPROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. RICARDO DIP E JARBAS GOMES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.501)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, CORREIA LIMA, BERETTA DA SILVEIRA e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2024.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 3.977, de 09 de setembro de 2009, do Município de Rio Claro, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a obrigatoriedade da utilização de embalagens plásticas oxi-biodegradáveis, biodegradáveis e compostáveis no âmbito do município. Matéria de Repercussão Geral já analisada pela Suprema Corte. Reapreciação nos termos do artigo 1040, inciso II, do Código de Processo Civil.

Depreende-se do julgamento do Recurso Extraordi-

Acesso ao Sumário

nário nº 732.686/SP, tema de repercussão geral nº 970, que leis municipais que obrigam a substituição de sacos e sacolas plásticas por biodegradáveis são formalmente e materialmente constitucionais, tendo em vista a competência do município para legislar concorrentemente sobre meio ambiente, no limite de seu interesse local, podendo o Legislativo, sem modificar a estrutura dos órgãos do Executivo, atribuir atividades de fiscalização ao poder público. Reforma do julgado, nos termos do julgado do Supremo Tribunal Federal. Retratação acolhida, reconhecendo a constitucionalidade da Lei nº 3.977, de 09 de setembro de 2009, do Município de Rio Claro.

Improcedência da ação, com excepcional modulação dos efeitos desta decisão em 12 (doze) meses contados deste julgamento.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo SINDICATO DA INDÚSTRIA DE MATERIAL PLÁSTICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face da Lei nº 3.977, de 09 de setembro de 2009, do Município de Rio Claro, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a obrigatoriedade da utilização de embalagens plásticas oxi-biodegradáveis, biodegradáveis e compostáveis no âmbito do município.

Interposto contra o v. acórdão de fls. 326/330, aclarado às fls. 350/353, Recurso Extraordinário pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, por entender que a matéria versada no diploma impugnado não é de iniciativa legislativa reservada ao Alcaide, eis que não trata de atos de gestão administrativa do município, disciplinando, pelo contrário, acerca da preservação do meio ambiente local (fls. 355/376), determinou o eminente Desembargador Presidente desta Corte a devolução dos autos a este Colendo Órgão Especial, para eventual retratação da fundamentação em face do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 732.686/SP, tema de repercussão geral nº 970, nos moldes do artigo 1040, inciso II, do Código de Processo Civil (fls. 764/765).

É o relatório.

Consoante se constata da r. decisão colegiada de fls. 326/330, foi a ação julgada procedente para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.977, de 09 de setembro de 2009, do Município de Rio Claro, de iniciativa parlamentar, ao argumento de que o diploma em apreço criava obrigações ao Poder Executivo, traduzindo-se em ingerência do Legislativo em atos de gestão

Acesso ao Sumário

administrativa do município, gerando despesas sem indicação de fonte de receita, violando os artigos 5º, 25, 47, incisos II e XIV e 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

Nos termos da ementa do aresto em questão, *verbis*:

"DIREITO CONSTITUCIONAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL – OBRIGAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DE SACOLAS PLÁSTICAS POR BIODEGRADÁVEIS – CRIAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E OBRIGAÇÕES CORRELATAS – SEPARAÇÃO DE PODERES – VÍCIO DE INICIATIVA – EXISTÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE VERIFICADA – É inconstitucional a Lei Municipal de Rio Claro 3.977, de 09 de setembro de 2009, de origem parlamentar, que 'dispõe da obrigatoriedade no âmbito do Município de Rio Claro da utilização de embalagens plásticas oxi-biodegradáveis, biodegradáveis e compostáveis', sob fiscalização e sanção pelo Executivo, criando-lhe várias obrigações, porque traduz ingerência na competência exclusiva do Prefeito pelo Poder Legislativo, pois àquele cabe organizar e executar todos os atos de administração municipal, notadamente os serviços públicos – Ademais, cria despesa sem indicação de fonte de receita – Violação dos arts. 5º, 25, 47, II e 144 da Constituição Estadual – Jurisprudência deste Colendo Órgão Especial – Ação procedente."

Diante da procedência do feito, interpôs o Procurador Geral de Justiça Recurso Extraordinário (fls. 355/376), registrado no Supremo Tribunal Federal sob nº 729.726/SP, relator o Ministro DIAS TOFFOLI, que, monocraticamente, conheceu e proveu o Recurso em 08/06/2017, julgando improcedente a ação direta de inconstitucionalidade (fls. 437/442).

Acerca da matéria em debate, assim dispôs o nobre Relator:

"O diploma normativo em referência cuida de estabelecer, no âmbito do Município de Rio Claro, no Estado de São Paulo, a obrigatoriedade de utilização, pelos estabelecimentos daquela localidade, de embalagens plásticas de material menos danoso ao meio ambiente no acondicionamento de mercadorias e lixo (artigos 1º e 2º). Nesse sentido, traz os requisitos para que tais embalagens sejam consideradas compatíveis com o padrão estabelecido na lei (art. 3º). Ademais, exige que os estabelecimentos possuam certificados dos fornecedores dos produtos que comprovem o preenchimento dos requisitos legalmente previstos (art. 4º). Por fim, determina que, em caso de infração ao disposto na lei, sejam aplicadas sanções previstas em regulamentação, 'a critério do Poder Executivo' (art. 6º).

Sendo assim, conforme ressaltou o recorrente, o diploma normativo impugnado trata, essencialmente, de política de proteção ao meio ambiente direcionada aos estabelecimentos da localidade que utilizem embalagens. A determinação contida no art. 6º, relativamente à participação do Poder Executivo em tal política, restringe se à tarefa de, ao seu critério, aplicar sanções em caso de descumprimento das obrigações impostas

Acesso ao Sumário

por aquela lei municipal.

Veja-se que não foram criados cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou determinado o aumento de sua remuneração, nem mesmo criado, extinto ou modificado órgão administrativo, ou sequer conferida nova atribuição a órgão da administração pública, a exigir iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo. Em síntese, nenhuma das matérias sujeitas à iniciativa legislativa reservada do Chefe do Poder Executivo, contidas no art. 61, § 1º, da Constituição, foi objeto de positivação na norma.

Sendo assim, não se verifica a ocorrência de vício formal de inconstitucionalidade do diploma legislativo por ter emanado de proposição de origem parlamentar, nem interferência nas atividades próprias do Poder Executivo.

Quanto ao argumento de que a lei em questão, embora de iniciativa parlamentar, teria criado despesa para o Poder Executivo, incorrendo em vício de iniciativa, é da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal que nem toda lei que acarrete aumento de despesa para o Poder Executivo é vedada à iniciativa parlamentar. Para que isso ocorra, é necessário que, cumulativamente, a legislação tenha tratado de alguma das matérias constantes do art. 61, § 1º, da Constituição Federal, o que não ocorreu no caso em análise." (fls. 439/441).

Ocorre que, opostos Embargos de Divergência pelo Sindicato autor, determinou o Ministro Relator, em 30/05/2018, que o presente feito submeter-se-ia à sistemática de repercussão geral, cujo processo paradigma é o Recurso Extraordinário nº 732.686/SP (fls. 592/595), razão pela qual a Presidência desta Egrégia Corte determinou o seu sobrestamento, em atenção ao disposto no artigo 1030, inciso III, da Lei Processual Civil (fls. 617/618).

Passo contínuo, em 19/10/2022 promoveu o Pretório Excelso o julgamento do Recurso Extraordinário nº 732.686/SP, tema de repercussão geral nº 970, no sentido de reconhecer que leis municipais que obrigam a substituição de sacos e sacolas plásticas por biodegradáveis são formalmente e materialmente constitucionais, tendo em vista a competência do município para legislar concorrentemente sobre meio ambiente, no limite de seu interesse local, podendo o Legislativo, sem modificar a estrutura dos órgãos do Executivo, atribuir atividades de fiscalização ao poder público, conforme ementa a seguir transcrita:

Acesso ao Sumário

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. RECURSO INTERPOSTO EM FACE DE ACÓRDÃO EM ADI ESTADUAL. LEI 7.281/2011 DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA/SP. VALIDADE DE LEIS MUNICIPAIS SOBRE A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA NORMATIVA DOS ENTES FEDERATIVOS MUNICIPAIS SOBRE DIREITO AMBIENTAL. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE, DISCIPLINA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E RESTRIÇÕES À

LIBERDADE ECONÔMICA. COMPATIBILIDADE COM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O Município é competente para legislar concorrentemente sobre meio ambiente, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados.

2. É constitucional lei de iniciativa parlamentar que, sem que se modifique a estrutura ou a atribuição dos órgãos do Executivo, cria novas atribuições de fiscalização atribuídas ao poder público.

3. O exercício da atividade econômica e empresarial de forma protetiva ao meio ambiente é elemento integrante do conteúdo jurídico-constitucional da livre iniciativa, em concretização do desenvolvimento sustentável.

4. É constitucionalmente válida a opção legislativa municipal de promover a obrigação de utilização de sacos plásticos biodegradáveis, em tratamento harmônico dos diversos pilares da ordem constitucional econômica, viabilizando o mesmo desenvolvimento da atividade econômica empresarial de uma forma mais protetiva ao meio ambiente.

5. Tese de repercussão geral: 'É constitucional – formal e materialmente – lei municipal que obriga à substituição de sacos e sacolas plásticos por sacos e sacolas biodegradáveis'.

6. Modulação dos efeitos da decisão, conferindo-se o prazo de 12 (doze) meses, a contar da publicação da ata do presente julgamento, para que os órgãos públicos e os agentes privados alcançados pela lei municipal possam se adaptar à incidência de suas disposições.

7. Recurso extraordinário conhecido e provido."

Oportuno o trecho da fundamentação constante do voto condutor, de relatoria do eminente Ministro LUIZ FUX, *litteris*:

"Ainda sob o prisma formal, alega-se que a lei impugnada padeceria de vício de iniciativa, sob a premissa de que a norma que institui limitações às atividades econômicas deve, necessariamente, pertencer a projeto de lei de autoria do Chefe do Poder Executivo porque tangencia atribuições de órgãos e entidades da Administração Pública. Entretanto, a alegação de vício de iniciativa também não procede.

Com efeito, as atribuições de fiscalização e de aplicação de penalidades são ínsitas à gestão da Administração Pública. Assim, a criação de novas atribuições de fiscalização atribuídas ao poder público não acarreta, por si só, a legitimidade exclusiva do Chefe do Poder Executivo para deflagração do procedimento legislativo.

Deveras, se a lei instituidora de hipótese ao exercício do poder de polícia não designar a criação de novo ente público, presume-se que a execução será incorporada pelas estruturas e quadros existentes, não se tratando de situação em que se modifique a estrutura ou a atribuição dos órgãos do Poder Executivo, tampouco o regime jurídico de seus servido-

Acesso ao Sumário

res públicos. Nesse sentido, o precedente consolidado no ARE 878.911 (Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29/09/2016):

(...)

Assim, conclui-se que a lei impugnada se revela formalmente constitucional, não representando hipótese de vício de iniciativa do procedimento legislativo, tampouco matéria que extrapole a competência legislativa dos entes federativos municipais."

Quanto ao prazo de modulação, em caráter excepcional, consoante dispôs a C. Corte Suprema, há que se estabelecer o prazo de 12 (doze) meses contados do presente julgamento, *"para que os órgãos públicos e os agentes privados alcançados pela lei municipal possam se adaptar à incidência de suas disposições"*.

Diante do exposto, em juízo de retratação, nos termos do artigo 1040, inciso II, do CPC, de rigor a adequação do v. acórdão de fls. 326/330, aclarado às fls. 350/353, às disposições do Recurso Extraordinário nº 732.686/SP, tema de Repercussão Geral nº 970 da Corte Suprema, para reconhecer a constitucionalidade da Lei nº 3.977, de 09 de setembro de 2009, do Município de Rio Claro, julgando IMPROCEDENTE a ação, modulando os efeitos da decisão, como acima observado.

VOTO DE VENCIDO

(Voto nº 62.022)

Reitera-se aqui, à letra inclusive, o quanto se escreveu em voto anterior relativo a caso símile.

Da veniam, na linha da sólida manifestação do eminente Des. JARBAS GOMES, parece-me não ser caso de aqui aplicar o instituto da modulação.

O que prevê a normativa de regência, acerca da modulação nas demandas de inconstitucionalidade, é somente a possibilidade de essa modulação adotar-se na hipótese de declaração da invalidade da lei (ou ato normativo; cf. art. 27 da Lei 9.868, de 10 -11-1999).

É tão exceptiva essa permissão que exige maioria qualificada para sua acolhida.

O que temos, na espécie, é uma retratação que implica declarar a constitucionalidade de uma lei. Não sua invalidade.

Modular judicialmente a lei válida, para postergar-lhe, o vigor afronta a regra do aludido art. 27 da Lei 9.868, estendendo uma exceção.

Não cabe ao judiciário, nas ações de controle da constitucionalidade, atuar qual se fora um legislador positivo. A só alegação de *"situação excepcional ou peculiar"* não parece legitimar o judiciário a interferir, positivamente, em detrimento da separação de funções políticas, na assinação de um tempo de *vacatio legis*.

Acesso ao Sumário

Por fim, o julgado do eg. STF na RE 732.686 já concedera um tempo de modulação, a que agora se vai acrescentar o concedido pela Douta Maioria deste Órgão Especial.

Meu voto, pois, *data venia*, é de vencido, acompanhando as lições do voto do Des. JARBAS GOMES.

RICARDO DIP, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE

(Voto nº 29.748/2024)

Com o devido respeito à DD. Maioria e, em particular, ao I. Relator, Des. Xavier de Aquino, alinho-me às ponderações do I. Des. Ricardo Dip que afastam a modulação dos efeitos do aresto, este que seguiu a trilha do que fora estabelecido no julgamento do mencionado RE nº 732.686/SP[1].

Não obstante identificar os vv. julgados daquele E. Colegiado em que a eficácia das decisões declaratórias de constitucionalidade foi restringida, sob a minha perspectiva, a espécie não demandaria a providência, pois, raciocinando abstratamente, aqui não se vislumbraria qual seria o excepcional interesse social a ser tutelado: apenas parcela específica da comunidade local seria favorecida com a dilação do prazo, ao passo que todos os cidadãos e o meio-ambiente seriam, em princípio, beneficiados a partir do momento em que a norma recuperasse a aptidão para produzir efeitos.

Tampouco se entreveriam motivos lastreados no cânone da segurança jurídica que justificassem a modulação temporal, uma vez que a discussão trazida ao Judiciário sobre compelir ou não o comércio à utilização de sacolas biodegradáveis arrasta-se por mais de dez anos; além disso, o tema do uso de materiais não prejudiciais ao ecossistema tem sido objeto de estudos disponibilizados ao público em todo o território nacional há muito mais de uma década.

A esses fundamentos acresça-se que o artigo 5º da Lei nº 3.977/2009, do Município de Rio Claro prevê que *"os estabelecimentos terão prazo até 24 (vinte e quatro) meses para se adequarem aos dispositivos desta Lei"*[2].

Daí o porquê não se poderia cogitar, a meu ver, de abalo às relações jurídicas caso a norma retomasse a eficácia a partir do reconhecimento de sua constitucionalidade, especialmente considerando o teor da disposição transcrita.

Reforçam essa convicção as ponderações do Min. Ricardo Lewandowski sobre a matéria, durante o julgamento do antes referido RE nº 732.686/SP:

> ***"(...) com a devida vênia, eu discordaria da modulação (...), porque eu observo que a lei impugnada do Município de Marília (...)***

1 *Ex positis, conheço e provejo o recurso extraordinário, para assentar a constitucionalidade da Lei 7.281/2011 do Município de Marília/SP, modulados os efeitos da decisão para conferir o prazo de 12 (doze) meses, a contar da publicação da ata do presente julgamento, para que os órgãos públicos e os agentes privados alcançados pela lei municipal possam se adaptar à incidência de suas disposições.*

2 Cf. *in*: https://legislacaodigital.com.br/RioClaro-SP/LeisOrdinarias/3977-2009

Acesso ao Sumário

é de 2011, e a decisão do Tribunal a quo é de 2012. Passados mais de 10 anos desde a edição da lei, eu acho que, tendo em conta que essa é uma questão hoje mundialmente debatida, e essa adaptação, do ponto de vista técnico, é simples de se fazer do ponto de vista econômico, tenho certeza de que não é mais onerosa essa solução do que a manutenção das embalagens plásticas. Por isso, eu penso que nós deveríamos dar eficácia imediata à nossa decisão. Passou tanto tempo e existem recursos, no mercado, para que as empresas atingidas se adaptem, de imediato, a esta decisão do Supremo Tribunal Federal."

Demais, com foco, exclusivamente, na natureza e nos limites do debate instalado nesta via, não se revela juridicamente significativa a prospectiva e incerta autuação de comerciantes que não se adaptem prontamente aos ditames, porquanto, além de o ordenamento garantir ao interessado instrumentos sólidos e efetivos para a defesa dos direitos que, porventura, sejam violados, a lavratura do ato permaneceria no plano da contingência, da hipótese, muito distante da polêmica sobre a eficácia da norma. O mesmo raciocínio aplica-se a conjecturas quanto à adoção de medidas práticas para implementação da lei.

Doutro bordo, sob a minha óptica, definir, nesta sede, prazo para que a regra passe a viger conduz às seguintes consequências: derrogação do preceito, sem guardar, porém, os passos do processo legislativo; supressão do vigor normativo, novamente em desrespeito às formalidades para a elaboração das leis; usurpação das atribuições cometidas ao Poder Legislativo; comprometimento da Tripartição dos Poderes.

Anoto, por derradeiro, que a baliza modulatória, apesar de lançada no corpo do v. acórdão prolatado pela Suprema Corte, não integra a tese vinculativa.

São essas, enfim, as razões pelas quais entendo que a modulação temporal haveria de ser afastada no caso concreto.

JOSÉ JARBAS DE AGUIAR GOMES, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2269462-26.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PIRACICABA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PIRACICABA.

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 54.754)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO AYROSA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2024.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL Nº 9.958, DE 04 DE SETEMBRO DE 2023, QUE "DISPÕE SOBRE A DIVULGAÇÃO DA RELAÇÃO DE MEDICAMENTOS QUE COMPÕEM OS ESTOQUES DA REDE MUNICIPAL DE SAÚDE DE PIRACICABA" – LEI QUE TEVE ORIGEM NA CÂMARA DOS VEREADORES – TRANSPARÊNCIA GOVERNAMENTAL – VÍCIO DE INICIATIVA E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO ENTRE PODERES E DA RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO NÃO CONFIGURADO – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL EM CASOS SEMELHANTES – AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA – FATO QUE NÃO ACARRETA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI, OBSTANDO-LHE A EFICÁCIA NO RESPECTIVO EXERCÍCIO FINANCEIRO – AÇÃO IMPROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Piracicaba em face da Lei Municipal nº 9.958, de 04 de setembro de 2023, que "Dispõe sobre a divulgação da relação de medicamentos que compõem os estoques da rede municipal de saúde de Piracicaba".

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 a violação do princípio da reserva da administração e da separação dos poderes, invadindo esfera de atribuições do Poder Executivo, pois a matéria determina ao Poder Executivo que

Acesso ao Sumário

adote providências efetivas no sentido de divulgar a relação de medicamento que compõem os estoques da rede municipal de saúde.

Acrescenta que a norma impugnada não indica os recursos orçamentários necessários para a cobertura dos gastos advindos.

Postula liminar para suspensão da eficácia da Lei nº 9.958/2023 do Município de Piracicaba e, no mérito, procedência da ação para que seja declarada sua inconstitucionalidade.

A liminar foi indeferida pelo relator (fls. 29/30).

O Presidente da Câmara Municipal de Piracicaba prestou informações defendendo a constitucionalidade do ato normativo (fls. 38/50).

A Procuradoria-Geral do Estado, embora tenha sido citada, não se manifestou (fls. 59).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência da ação (fls. 64/80).

É o Relatório.

Convém desde logo dizer que o parâmetro de controle abstrato de normas é a Constituição Estadual, a teor do artigo 125, § 2º, da Constituição Federal, ou a Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados (Tema 484 do STF), como, por exemplo, as que dispõem sobre o modelo de repartição de competências legislativas (ADPF nº 771/CE, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe 29.07.2021). Não serve para esse fim lei orgânica municipal.

A Lei Municipal nº 9.958, de 04 de setembro de 2023, do Município de Piracicaba, dispões sobre a divulgação da relação de medicamentos que compõem os estoques da rede municipal de saúde de Piracicaba, tendo a seguinte redação:

"Art. 1º Será divulgada a relação atualizada de medicamentos disponíveis e faltosos da rede municipal de saúde, no site oficial da Prefeitura Municipal de Piracicaba.

Art. 2º Esta Lei será regulamentada, no que lhe couber, pelo Executivo Municipal.

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

A lei impugnada teve origem em projeto de lei de autoria do vereador Pedro Motoitiro Kawai.

O projeto foi primeiramente aprovado pela Câmara Municipal, depois vetado pelo Prefeito e, finalmente, transformou-se em lei após rejeição do veto do Prefeito e sua promulgação pela Câmara Municipal.

Não se divisa inconstitucionalidade na lei, seja por vício de iniciativa ou violação aos princípios da separação entre os poderes e da reserva da administração, na linha inclusive do bem lançado parecer do Subprocurador-Geral de Justiça.

Acesso ao Sumário

Com efeito, lei municipal, de iniciativa parlamentar, que visa ao aumento da transparência governamental e ao controle social dos munícipes sobre o estoque de medicamentos, tutelando, indiretamente, o direito à saúde, nos limites do interesse local, conforme o art. 30, I, da Constituição Federal, 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.

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).

Na esteira da fundamentação do voto decidiu o Órgão Especial em mais de uma oportunidade, cujas ementas transcrevo para melhor compreensão da controvérsia:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal nº 8.738, de 3 de novembro de 2021, que modifica a Lei nº 8.236/2018, passando a obrigar a divulgação dos estoques de medicamentos distribuídos gratuitamente pelas unidades de saúde, através da Internet e via telefone – Alegação de violação dos artigos 5º, 25, 47, incisos II, XI, XIV, XIX, alínea "a", e 144 da Constituição Estadual – Artigo 1º, caput e § 1º – Vício de iniciativa que não se verifica – Lei que não trata da organização e funcionamento da Administração – Norma geral de publicidade administrativa, cuja concretude sequer depende de lei – Concessão de eficácia ao art. 37 da Constituição Federal, reproduzido no art. 111 da Constituição Estadual – Inteligência do entendimento firmado pelo STF no julgamento do Tema nº 917 – Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos – Concretização dos princípios da publicidade, da eficiência, e do livre acesso à informação, que já são de observância obrigatória pela Administração Pública – 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, conforme precedentes deste C. Órgão Especial e do E. STF – Inconstitucionalidade dos parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 1º verificada – Detalhamento específico da forma e conteúdo de divulgação das informações – Compete ao Poder Executivo a função de administrar, a qual se revela em atos de planejamento, organização, direção e execução de atividades inerentes ao Poder Público – Invasão indevida na esfera administrativa – Violação da separação dos poderes – Afronta aos artigos 5º, 47 e 144 da Constituição Estadual – Ação julgada parcialmente procedente

Acesso ao Sumário

para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos 2º, 3º e 4º, do artigo 1º, da Lei Municipal nº 8.738, de 3 de novembro de 2021, do Município de Marília" (Direta de Inconstitucionalidade nº 2298864-26.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Des. Luciana Bresciani, j. 03.08.2022).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 2.157, de 19 de outubro de 2011, do Município de São Sebastião, que 'dispõe sobre a obrigatoriedade de divulgação no site oficial da Prefeitura Municipal de São Sebastião, da relação de medicamentos existentes na rede pública e daqueles em falta nos estoques, e dá outras providências' – Lei que não tratou de nenhuma das matérias de iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, não violou o princípio da separação de poderes, não invadiu a esfera da gestão administrativa e sequer ofendeu o princípio federativo – Diploma que objetiva dar conhecimento à população acerca da disponibilidade de medicamentos nas unidades de saúde do município, informação de interesse público, visando dar transparência ao serviço público de saúde local, atendendo ao princípio da publicidade dos atos administrativos – Sequer há se falar em aumento de despesas (art. 25 e 176, I, CE), porquanto a própria administração já dispõe de controle dos medicamentos e de site oficial, bastando que os dados sejam ali inseridos – Em consequência, não prospera, igualmente, a afirmação de inconstitucionalidade, por arrastamento, do Decreto Municipal 5494/2012 que regulamentou referido diploma – Inconstitucionalidade não configurada" (Direta de Inconstitucionalidade nº 2059867-94.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 13.12.2017).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 7.195, de 11 de novembro de 2013, do Município de Guarulhos, que impõe a divulgação na internet da relação de medicamentos que compõem os estoques da Secretaria Municipal de Saúde – Inocorrência de vício de iniciativa do projeto de lei deflagrado pelo Legislativo Municipal, haja vista que a norma editada não regula matéria estritamente administrativa, afeta ao Chefe do Poder Executivo, delimitada pelos artigos 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174 da CE, aplicáveis ao ente municipal, por expressa imposição da norma contida no artigo 144 daquela mesma Carta – Previsão legal que, na verdade, apenas cuidou de dar conhecimento à população de questão de seu interesse, de molde a facilitar e garantir o pleno cumprimento de obrigação constitucionalmente imposta ao ente público local, sem qualquer interferência direta na administração, razão pela qual poderia mesmo decorrer de iniciativa parlamentar – Disposição legal contestada, ademais, que nada mais fez do que permitir o acesso da população a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, nos moldes impostos pela Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 – Ato normativo municipal questionado, por outro lado, que não representa necessariamente gasto público extraordinário, haja vista a existência de página do

Acesso ao Sumário

Município na internet, bastando a sua alimentação com os dados pertinentes, o que arreda a alardeada ofensa aos preceitos dos art. 25 e 176, I, da Constituição Estadual – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente" (Direta de Inconstitucionalidade nº 2024383-23.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 11.06.2014).

Assim, não há 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.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2178443-36.2023.8.26.0000, 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 PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC'. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. RICARDO DIP.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.765)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO AYROSA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, VICO MAÑAS, 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, 21 de fevereiro de 2024.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Município de Jundiaí – Lei Municipal n. 9.880, de 30 de fevereiro de 2023, a qual "veda, aos órgãos públicos municipais e às instituições de ensino e bancas examinadoras de seleções e concursos públicos, a utilização de novas formas de flexão de gênero e número de palavras em contrariedade às regras gramaticais

Acesso ao Sumário

consolidadas e aprovadas pela Comunidade Lusófona" – Afronta ao pacto federativo – Usurpação da competência privativa da União de legislar sobre diretrizes e bases da educação (artigo 22, inciso XXIV da Constituição Federal e 144 da Constituição do Estado de São Paulo) – Ausência de interesse local capaz de justificar a suplementação municipal – Contrariedade aos princípios que regem o ensino – Inteligência dos artigos 237, inciso VII da Constituição do Estado de São Paulo e 205 e 206 da Constituição Federal – Precedentes jurisprudenciais – Procedência.
Ação julgada procedente.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de ação ajuizada pelo Prefeito do Município de Jundiaí pretendendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 9.880, de 30 de fevereiro de 2023, a qual "veda, aos órgãos públicos municipais e às instituições de ensino e bancas examinadoras de seleções e concursos públicos, a utilização de novas formas de flexão de gênero e número de palavras em contrariedade às regras gramaticais consolidadas e aprovadas pela Comunidade Lusófona", com fundamento nos artigos 74, inciso VI, e 90, inciso II, da Constituição Estadual, na Lei n. 9.868, de 1999, e no artigo 229 e seguintes do Regimento Interno do Col. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Segundo argumenta o Alcaide, referida norma municipal, de iniciativa parlamentar, invade a competência privativa da União para legislar sobre matéria relacionada a diretrizes e bases da educação nacional. Argumenta haver ofensa ao princípio da separação dos poderes, já que incumbe ao Chefe do Poder Executivo organizar as atribuições inerentes ao serviço público, conforme previsto nos artigos 61, § 1º, inciso II, alíneas "b" e "c" e dos artigos 24, § 2º e 47, incisos XI e XIX da Constituição Federal. Aduz que, em matéria relativa ao sistema de ensino e educação, o dispositivo em questão está em contrariedade ao disposto no artigo 206, incisos II e III da Constituição Federal, bem como do artigo 237 da Constituição Federal. Pugna pela concessão da liminar para suspender a validade do ato normativo em questão, com efeitos "ex tunc", alegando estarem presentes os requisitos do "fumus boni iuris" e "periculum in mora".

A decisão inicial deferiu a liminar, suspendendo a eficácia da lei (fls. 32/34).

Informações prestadas pela Câmara Municipal de Jundiaí (fls. 43/46), relatando o processo legislativo que ensejou a promulgação da referida lei.

Foram opostos embargos de declaração pelo Prefeito de Jundiaí (fls.

Acesso ao Sumário

83/84) contra a decisão inicial, os quais foram acolhidos para o fim de sanar erro material apontado (fls. 89/91).

Não houve manifestação da D. Procuradoria Geral do Estado (fls. 99).

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do pedido (fls. 104/119).

É o relatório.

Preliminarmente, consigna-se que a representação processual está devidamente regular nos presentes autos, conforme se denota do instrumento de mandato colacionado às fls. 12/15 dos autos, no qual consta a atribuição de poderes específicos para atacar o ato normativo impugnado, bem como a subscrição do Prefeito Municipal e do Procurador da Municipalidade, não havendo vício a ser sanado.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade em controle abstrato, na qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 9.880, de 13 de fevereiro de 2023, a qual dispõe, "in verbis":

> Art. 1º. É vedada, aos órgãos públicos municipais e às instituições de ensino e bancas examinadoras de seleções e concursos públicos, a utilização, em currículos escolares e editais, de novas formas de flexão de gênero e de número das palavras da língua portuguesa, que pretendam se referir a gênero neutro, em contrariedade às regras gramaticais consolidadas e aprovadas pela Comunidade Lusófona.
>
> § 1º. A vedação do *caput* deste artigo inclui a utilização de tais termos de forma verbal nos ambientes formais de ensino e educação.
>
> § 2º. É garantido aos estudantes no Município de Jundiaí o direito ao aprendizado da Língua Portuguesa de acordo com as normas legais de ensino estabelecidas com base nas orientações nacionais de Educação, no Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa (Volp) e na gramática elaborada nos termos da reforma ortográfica ratificada pela Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP).
>
> § 3º. Os órgãos responsáveis pelo ensino básico e superior no Município deverão empregar todos os meios necessários para a valorização da Língua Portuguesa culta em suas políticas educacionais, fomentando iniciativas de defesa dos estudantes contra a aplicação de qualquer aprendizado destoante das normas e orientações legais de ensino.
>
> § 4º. A vedação prevista no 'caput' deste artigo abrange documentos oficiais produzidos pelos órgãos públicos municipais que intentem anular as diferenças de pronomes de tratamento masculinos e femininos baseando-se em infinitas possibilidades de gêneros não existentes, mesmo que receba outra denominação por quem os aplica.
>
> Art. 2º. O descumprimento do disposto nesta lei implica:
>
> I – advertência; e
>
> II – em caso de reincidência, suspensão do alvará de funcionamento de estabelecimento, se o caso.
>
> § 1º. O servidor público municipal que praticar ou que tomar conhecimento

Acesso ao Sumário

da prática da vedação de que trata esta lei e não comunicar à autoridade imediatamente superior incorre na inobservância de seus deveres funcionais, sujeitando-se às sanções administrativas previstas no Estatuto dos Funcionários Públicos do Município.

§ 2º. A autoridade que tomar ciência das condutas comissiva ou omissiva de que trata o § 1º deverá propor a sua apuração por meio do processo administrativo disciplinar.

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

Segundo alega o Alcaide, em apertada síntese, referida lei incorre em vício de iniciativa, bem como viola a reserva da administração e o princípio da separação dos poderes, já que há a indevida ingerência do Poder Legislativo no exercício das atribuições típicas do Poder Executivo, confrontando os artigos 5º, 24, § 2º, 47, incisos XI e XIX da Constituição do Estado de São Paulo, além de se imiscuir em tema cuja competência privativa atine à União, nos moldes do artigo 22, inciso XXIV da Constituição Federal. Ainda, argumentou que o ato normativo em questão vulnera os artigos 206, incisos II e III da Constituição Federal, bem como 237 da Constituição do Estado de São Paulo, por ofender os princípios da igualdade, dignidade que devem permear a educação. De outra banda, aduziu que, ao estabelecer penalidade de suspensão de alvará, ingressou na seara do direito tributário, cujas normas devem ser veiculadas através de lei complementar.

De início, não é possível a utilização de dispositivos constantes na Lei Orgânica do Município (artigo 46, incisos IV e V) como parâmetro para se questionar a constitucionalidade da Lei Municipal em questão, posto se tratar de norma infraconstitucional.

Em outras palavras, o cotejo entre o ato impugnado com norma de cunho infraconstitucional não pode servir de embasamento para sustentar ação direta de inconstitucionalidade. Contudo, é certo que, dentre os fundamentos utilizados, o autor da presente ação direta também se valeu de parâmetros da Constituição Federal e da Constituição do Estado de São Paulo para impugnar o ato normativo em questão, não havendo que se falar em falta de interesse.

Acesso ao Sumário

Ainda, não obstante seja cediço que as ações diretas ajuizadas perante os Tribunais de Justiça locais contra lei estadual ou municipal tenha como parâmetro a Constituição do Estado, é certo que a declaração de inconstitucionalidade também pode se dar utilizando como parâmetro dispositivo da Constituição Federal, desde que se trate de norma de reprodução obrigatória pelos Estados.

Na hipótese em comento, o parâmetro utilizado para sustentar a declaração de inconstitucionalidade da Lei municipal é o artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo, o qual dispõe acerca do pacto federativo, devendo a presente ação ser conhecida.

No mérito, a ação deve ser julgada procedente.

Não obstante a Constituição Federal, nos moldes dos artigos 1º e 18, ga-

ranta autonomia político-administrativa aos entes federados, dentre eles o Município, para organizar a sua estrutura funcional, o que abrange a autonomia legislativa, tal independência não ostenta caráter absoluto.

A autonomia dos entes federados, sobretudo dos Municípios, deve observar as balizas constitucionais, dispostas nos artigos 29 e 30 da Constituição Federal, bem como no artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Com efeito, transcreve-se o disposto no artigo 30 da Constituição Federal:

> Art. 30. CF. Compete aos Municípios:
> I – legislar sobre assuntos de interesse local;
> II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

E, ainda, o artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo:

> Artigo 144. – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."

Nos moldes do artigo 22, inciso XXIV da Constituição Federal é de competência privativa da União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, com efeito:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
> (...)
> XXIV – diretrizes e bases da educação nacional;

Na hipótese em tela, o ato normativo impugnado, ao proibir as instituições de ensino públicas e privadas, bem como as bancas examinadoras de concursos públicos municipais de usarem novas formas de flexão de gênero e de número das palavras da língua portuguesa em contrariedade às regras gramaticais, dispôs sobre diretriz geral da educação, cuja competência privativa é conferida à União.

Como é cediço, o uso da Língua Portuguesa como idioma oficial do Brasil, conforme prelecionado artigo 13 da Constituição Federal, dá-se em âmbito nacional, interessando a todos indistintamente. Neste contexto, vedações e inovações devem ser promovidas, se o caso, também em âmbito nacional, de modo que regras locais neste sentido representam usurpação da competência privativa da União.

A Lei de Diretrizes e Bases, editada pela União, veicula regras que dispõem acerca de currículos, conteúdos programáticos, metodologia de ensino ou modo de exercício da atividade docente, assegurando formação básica comum a todos.

Em seu artigo 11, inciso III, estabelece que incumbe aos Municípios "baixar normas complementares para o seu sistema de ensino". O artigo 26 do mesmo diploma estabelece, por sua vez que "Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da

Acesso ao Sumário

sociedade, da cultura, da economia e dos educandos".

Neste contexto, o ato impugnado, ao veicular vedação no uso da "linguagem neutra", estabelece modo de utilização da língua portuguesa na grade curricular, esbarrando na forma do ensino do idioma oficial da República Federativa do Brasil.

Em outras palavras, a vedação à utilização de "linguagem neutra" ou "linguagem não binária" na grade curricular e em material didáticos das instituições de ensino públicas e privadas, bem como em editais de concurso, é tema que integra as diretrizes e bases da educação nacional, não se afigurando interesse regional a justificar o seu tratamento em ato normativo local.

A este respeito, ademais, o Col. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 7019 de relatoria do Min. Edson Fachin, estabeleceu a seguinte tese:

> Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DE RONDÔNIA N. 5.123/2021. PROIBIÇÃO DE LINGUAGEM NEUTRA NAS ESCOLAS. COMPETÊNCIA DA UNIÃO. LEI DE DIRETRIZES E BASES. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.
> 1. Norma estadual que, a pretexto de proteger os estudantes, proíbe modalidade de uso da língua portuguesa viola a competência legislativa da União. 2. Ação direta julgada procedente.
> **(ADI 7019, Relator: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13-02-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 04-04-2023 PUBLIC 10-04-2023)**

Do mesmo modo, o ato normativo em questão também ofende a competência legislativa concorrente da União e Estados de legislar sobre proteção à infância e à juventude, como prelecionado no artigo 24, inciso XV da Constituição Federal, de reprodução obrigatória pelos Estados.

Neste aspecto, é certo que a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), bem como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/1996) – como adrede mencionada – já foram responsáveis por estruturar o assunto em âmbito nacional, não havendo, na hipótese, interesse local a justificar a suplementação municipal.

Acesso ao Sumário

Com efeito, colacionam-se precedentes deste Col. Órgão Especial no mesmo sentido:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 5.777, DE 31 DE OUTUBRO DE 2022, DO MUNICÍPIO DE TAUBATÉ/SP, A QUAL 'DISPÕE SOBRE A EXPRESSA PROIBIÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE ENSINO PÚBLICAS E PRIVADAS, BEM COMO BANCAS EXAMINADORAS DE SELEÇÕES E CONCURSOS PÚBLICOS MUNICIPAIS DE USAREM NOVAS FORMAS DE FLEXÃO DE GÊNERO E DE NÚMERO DAS PALAVRAS DA LÍNGUA PORTUGUESA, EM CONTRARIEDADE ÀS REGRAS GRAMATICAIS CONSOLIDADAS' – DIPLOMA QUE DES-

BORDA DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL, ALCANÇANDO MATÉRIA PRIVATIVAMENTE RESERVADA À UNIÃO (DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO E PROTEÇÃO À INFÂNCIA E À JUVENTUDE) – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 22, INCISO XXIV, 24, INCISO XV, E 30, INCISOS I E II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE.
(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2083693-42.2023.8.26.0000; Relator: Francisco Casconi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 25/10/2023; Data de Registro: 27/10/2023)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Município de Ubatuba. Lei nº 4.436, de 8 de novembro de 2021, que "veda às Instituições de ensino da rede pública e privada e bancas examinadoras de seleções e concursos públicos a utilização em currículos escolares e editais no Município de Ubatuba, de novas formas de flexão de gênero, denominada 'linguagem neutra' em contrariedade às regras gramaticais consolidadas". Caracterizada afronta ao pacto federativo, dada a invasão pelo Município na esfera legislativa atribuída exclusivamente à União. Inteligência dos artigos 22, inciso XXIV, e 24, inciso XV, da Carta da República, e 144 e 237 da Constituição Estadual. Exame da jurisprudência. PROCEDÊNCIA.
(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2011415-43.2023.8.26.0000; Relator: Jarbas Gomes; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 28/06/2023; Data de Registro: 05/07/2023)

Ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei nº 12.544, de 20 de abril de 2022, do Município de Sorocaba, que 'proíbe expressamente a instituições de ensino e bancas examinadoras de seleções e concursos públicos municipais a utilização, em currículos escolares e editais, de novas formas de flexão de gênero e de número das palavras da língua portuguesa, em contrariedade às regras gramaticais consolidadas – as quais preveem apenas as flexões de gênero masculino e feminino' – Usurpação de competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional – Violação ao pacto federativo – Reconhecimento – Inexistência de interesse meramente local do Município – Precedentes do C. Supremo Tribunal Federal – Afronta aos artigos 1º, 144 e 237, inciso VII, todos da Constituição Estadual – Inconstitucionalidade declarada – Ação procedente.
(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2023218-23.2023.8.26.0000; Relator: Vianna Cotrim; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 31/05/2023; Data de Registro: 01/06/2023)

Acesso ao Sumário

Portanto, o desrespeito à regra de competência assinalada representa ofensa ao princípio federativo, o que eiva de inconstitucionalidade formal ato normativo em desacordo com a competência privativa constitucionalmente

estabelecida, em contrariedade aos artigos 22, inciso XXIV, 24, inciso XV da Constituição Federal e, ainda, ao artigo 144 da Constituição Estadual.

Para além da inconstitucionalidade formal presente no ato, vislumbra-se, também, inconstitucionalidade material, por ofensa aos artigos 237 da Constituição do Estado de São Paulo, que encontra correspondência nos artigos 205 e 206 da Constituição Federal. com efeito:

> **Artigo 237 –** A educação, ministrada com base nos princípios estabelecidos no artigo 205 e seguintes da Constituição Federal e inspirada nos princípios de liberdade e solidariedade humana, tem por fim:
> **I –** a compreensão dos direitos e deveres da pessoa humana, do cidadão, do Estado, da família e dos demais grupos que compõem a comunidade;
> **II –** o respeito à dignidade e às liberdades fundamentais da pessoa humana;
> **(...)**
> **IV –** o desenvolvimento integral da personalidade humana e a sua participação na obra do bem comum;
> **(...)**
> **VI –** a preservação, difusão e expansão do patrimônio cultural;
> **VII –** a condenação a qualquer tratamento desigual por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, bem como a quaisquer preconceitos de classe, raça ou sexo;
> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
> (...)
> II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
> III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

A lei impugnada, ao vedar a "linguagem neutra" impõe espécie de censura pedagógica, ofendendo a liberdade no aprendizado, pluralismo de ideias e concepções de ideias.

Conforme já decidido por este Col. Órgão Especial, em precedente de relatoria do D.D. Vianna Cotrim (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2023218-23.2023.8.26.0000; Relator: Vianna Cotrim; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 31/05/2023; Data de Registro: 01/06/2023): "a lei impugnada implementou verdadeira censura pedagógica, malferindo, com isso, o exercício da cidadania e os conceitos constitucionais de liberdade no aprendizado, pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas.

Do mesmo modo, a vedação imposta a bancas examinadoras de certames

Acesso ao Sumário

municiais quanto ao uso de flexão neutra de gênero também se afigura discriminatória, em ofensa aos princípios de igualdade garantidos pelo ordenamento constitucional.

Portanto, tem-se que a Lei impugnada exorbitou competência privativa legislativa da União, em contrariedade aos limites da competência suplementar dos Municípios, além de ofender as bases ideológicas do sistema educacional nacional, em contrariedade aos artigos 144 e 237, inciso VII da Constituição do Estado de São Paulo.

Em face do exposto, Julgo procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 9.880, de 13 de fevereiro de 2023 do Município de Jundiaí, com efeito "ex tunc".

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 62.048)

1. Adoto o resumo do processo lançado no voto da eminente Relatora, Des. MARCIA DALLA DÉA BARONE.

O caso dos autos diz respeito a uma ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto a Lei municipal de Jundiaí 9.880/2023 (de 30-2).

Lê-se nesse diploma legal:

"Art. 1º. É vedada, aos órgãos públicos municipais e às instituições de ensino e bancas examinadoras de seleções e concursos públicos, a utilização, em currículos escolares e editais, de novas formas de flexão de gênero e de número das palavras da língua portuguesa, que pretendam se referir a gênero neutro, em contrariedade às regras gramaticais consolidadas e aprovadas pela Comunidade Lusófona.

§ 1º. A vedação do 'caput' deste artigo inclui a utilização de tais termos de forma verbal nos ambientes formais de ensino e educação.

§ 2º. É garantido aos estudantes no Município de Jundiaí o direito ao aprendizado da Língua Portuguesa de acordo com as normas legais de ensino estabelecidas com base nas orientações nacionais de Educação, no Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa (Volp) e na gramática elaborada nos termos da reforma ortográfica ratificada pela Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP).

§ 3º. Os órgãos responsáveis pelo ensino básico e superior no Município deverão empregar todos os meios necessários para a valorização da Língua Portuguesa culta em suas políticas educacionais, fomentando iniciativas de defesa dos estudantes contra a aplicação de qualquer aprendizado destoante das normas e orientações legais de ensino.

§ 4º. A vedação prevista no 'caput' deste artigo abrange documentos oficiais produzidos pelos órgãos públicos municipais que intentem

Acesso ao Sumário

anular as diferenças de pronomes de tratamento masculinos e femininos baseando-se em infinitas possibilidades de gêneros não existentes, mesmo que receba outra denominação por quem os aplica.

Art. 2º. O descumprimento do disposto nesta lei implica:

I – advertência; e

II – em caso de reincidência, suspensão do alvará de funcionamento de estabelecimento, se o caso.

§ 1º. O servidor público municipal que praticar ou que tomar conhecimento da prática da vedação de que trata esta lei e não comunicar à autoridade imediatamente superior incorre na inobservância de seus deveres funcionais, sujeitando-se às sanções administrativas previstas no Estatuto dos Funcionários Públicos do Município.

§ 2º. A autoridade que tomar ciência das condutas comissiva ou omissiva de que trata o § 1º deverá propor a sua apuração por meio do processo administrativo disciplinar.

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

2. Essa normativa, tal se vê, atende a matéria própria da educação **nacional**.

Ora, parece-me bem, pois, a conclusão do voto da digna Relatora, que declara a **invalidade** dessa lei, à conta do que dispõe – quanto à competência legislativa – o inciso XXIV do art. 22 da Constituição nacional: é da competência privativa da União legislar sobre *"diretrizes e bases da educação nacional"*. Há, portanto, com essa lei, ofensa da norma do art. 144 da Constituição paulista.

O voto de relação invocou precedentes cônsonos tanto deste Órgão Especial (ADI 2083693-42, Rel. Des. FRANCISCO CASCONI; ADI 2011415-43.2023, Rel. Des. JARBAS GOMES; ADI 2023218-23.2023, Rel. Des. VIANNA COTRIM), quanto do eg. STF (ADI, 8.019, Rel. Min. EDSON FACHIN), e concluiu, a meu ver acertadamente, pela **inconstitucionalidade formal** da lei impugnada na presente ação.

3. Já assinada a invalidade formal da norma, prejudica-se a apreciação de alguma inconstitucionalidade material (veja-se, p.ex., no STF, a ADI 1.434, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 10-11-1999). Mas é frequente que, a despeito disso, ela se também se examine. E, no caso, o voto de relatoria da nobre Des. MARCIA DALLA DÉA BARONE prosseguiu para afirmar a **invalidade material** da lei em pauta, por impor *"censura pedagógica, ofendendo a liberdade no aprendizado, pluralismo de ideias e concepções de ideias"*.

Acesso ao Sumário

É de todo bem-vinda a defesa da **liberdade de pensamento** – liberdade que atende ao direito natural e também às com ele concordes normas constitucionais vigentes entre nós (p.ex., art. 5º, item IV, da Constituição federal: *"é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"*; item IX: *"é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação,*

independentemente de censura ou licença"; item XIV: *"é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional"*; há mesmo uma dada salvaguarda ao direito de **opinião** – item LII do mesmo art. 5º).

Todavia, pelo licença respeitosa para dizê-lo, não pode abrigar-se nessa liberdade de manifestar o pensamento uma **liberdade negativa**, afrontosa não só da Constituição formal (p.ex., arg. do art. 13), mas também da constituição substantiva da nacionalidade brasileira. Não se pode passar ao largo de que a **educação é um direito social** (art. 6º do Código político brasileiro), e a liberdade de manifestação do pensamento não pode alçar-se ao propositado objetivo de desconstrução do idioma nacional, porque isso implica o menosprezo de bens que a própria norma constitucional protege: v.g., lê-se no caput do art. 13 da Constituição nacional (norma de observância obrigatória pelos estados e municípios): "A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil"; e em seu art. 210: "Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. (…) § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem".

Os franceses possuem uma sentença – que é, em rigor, na sua riqueza expressiva, intraduzível para o português –, segundo a qual "les mots sont les maux", e, na linha de confirmação desse juízo, há uma cena do filme Life of Brian (1979, dir. de TERRY JONES) que parece gráfica para ilustrar a distinção entre liberdade de pensamento e "contra-liberdade de pensamento".

Nesse filme, a personagem central – Brian – põe-se a pichar os muros de Jerusalém com esta frase: Romanes eunt domus. Na verdade, o que Brian pretendia escrever era Romani ite domum (Romanos, ide para casa).

O centurião surpreende Brian e força-o a corrigir o escrito, impondo-lhe inscreva o texto correto cem vezes nos muros de Jerusalém. Ou seja, admitia-se a liberdade de manifestar o pensamento, a liberdade de oposição política, mas não se transigia com a perversão do idioma, porque isso, ao fim, destruiria a própria possibilidade de verdadeira liberdade comunal.

Segundo o que dispõe art. 2º da Lei 5.765/1971 (de 18-12), competiu à Academia Brasileira de Letras "a atualização do Vocabulário Comum, a organização do Vocabulário Onomástico e a republicação do Pequeno Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa", e essa Academia mantém (com frequentes atualizações, inclusive) o Vocabulário oficial da língua portuguesa.

Nesse vocabulário oficial, entretanto, não houve acolhida de novas formas flexionais quanto ao gênero , mantendo-se, portanto, em harmonia com a evolução histórica de quase todas as línguas romances, ressalvado o romeno

Acesso ao Sumário

e “escassos vestígios em outras” (Bruno FREGNI BASSETO, Elementos de filologia românica – História externa das línguas românicas, Edusp, 2.ed., São Paulo, 2013, p. 93).

Calha, com efeito, que na evolução do latim vulgar à língua portuguesa, “o gênero neutro desapareceu” (EDWIN B. WILLIAMS, Do latim ao português, ed. Tempo Brasileiro, 7.ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 21; ainda, p. 133, com referência a substantivos e adjetivos: “as terminações do neutro caíram em desuso”).

É a lição também de Joaquim MATTOSO CÂMARA JR.: “O neutro ainda subsiste em muitas línguas modernas indo-europeias, mas desapareceu das línguas românicas, e pois do português” (Dicionário de linguística e gramática, ed. Vozes, 28.ed., Petrópolis, verbete “neutro”, p. 218; observou Mattoso Câmara, entretanto (p. 155), que, na língua portuguesa, pronomes demonstrativos e alguns indefinidos, “apresentam um novo tipo de neutro (…) como substantivos invariáveis, designando, ‘privativamente’, coisas (isto, isso, aquilo, tudo, nada)”.

Averbe-se que, recentemente, o Presidente da Academia Brasileira de Letras, MERVAL PEREIRA, recusou a adoção, na hora atual, de novas formas de flexão neutra (cf. https://www.academia.org.br/noticias/abl-na-midia-gazeta-do-povo-academia-brasileira-de-letras-nao-ve-razao-para-adocao-oficial).

ISSO POSTO, acompanho a conclusão do voto da eminente Des. MARCIA DALLA DÉA BARONE, quanto à invalidade formal da Lei jundiaiense 9.880, de 2023.

É como voto.

DES. RICARDO DIP – vogal

Agravos Internos

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 9023276-34.2005.8.26.0000/50007, da Comarca de São Paulo, em que é agravante J.E.P. (ESPÓLIO), são agravados CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO e INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA MUNICIPAL DE SÃO PAULO – IPREM.

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 acór-

dão. **(Voto nº 32.060)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, 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, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO e GOMES VARJÃO.

São Paulo, 6 de dezembro de 2023.

RICARDO ANAFE, Presidente e Relator

Ementa: Agravo interno – Decisão que deferiu o pedido de substituição do exequente por seu espólio, mediante a comprovação da recondução ou nova nomeação do inventariante para regularização da representação do Espólio, ressalvada a possibilidade de substituição direta pelos herdeiros mediante comprovação da partilha do crédito – Ausência da comprovação determinada – A simples afirmação de que os herdeiros do impetrante ratificam a sua vontade de que determinado herdeiro seja reconduzido ao encargo da inventariança não é bastante para cumprir o quanto determinado – Agravo não provido.

VOTO

Inconformado com o teor da decisão de fl. 1.147, item 1, que manteve as decisões de fl. 1.023/1.024, item 1 e 1.034, item 2, de deferimento do pedido de substituição do exequente J.E.P. por seu espólio, mediante a comprovação da recondução ou nova nomeação do inventariante para regularização da representação do Espólio, ressalvada a possibilidade de substituição direta pelos herdeiros mediante comprovação da partilha do crédito, o espólio de J.E.P. interpôs agravo interno.

Em síntese, o agravante sustenta que a habilitação dos herdeiros deve ser deferida, pois não tem ligação direta com o levantamento de valores.

Sem contraminuta (fl. 1.162).

É o relatório.

O agravo interno não comporta provimento.

Conforme constou na decisão agravada, morto o exequente originário, a aptidão para a execução e para a percepção do crédito exequendo será, em regra,

Acesso ao Sumário

do espólio, por seu inventariante, quando não for dativo.

Não obstante a referência do artigo 778, § 1º, II, do Código de Processo Civil, aos "herdeiros", como explica Iêdo Batista Neves a legitimação dos herdeiros é subsequente à do espólio, quando ultimada e homologada a partilha (cf. O Processo Civil na Doutrina e na Prática dos Tribunais, Freitas Bastos, vol. V, p. 7).

Por isso, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "ocorrendo a morte de qualquer uma das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio, salvo se motivo devidamente justificado determine a habilitação dos herdeiros" (4ª Turma, Ag. 8.545-0-SP, rel. Min. Torreão Bras). Assim também já decidiu o eg. Tribunal de Justiça deste Estado (cf. JTJ 202/212).

No caso em exame, cumpre notar que o inventário foi feito por escritura pública, mas o crédito objeto dos autos não foi objeto de partilha, de modo que a substituição não cabe, por princípio, aos sucessores, mas ao espólio do autor da herança, representado pelo inventariante.

Assim, foi deferido o pedido de substituição do exequente J.E.P. por seu espólio, determinando a comprovação, em 15 dias, da nomeação ou recondução do inventariante, ressalvada a possibilidade de substituição direta pelos herdeiros mediante comprovação da partilha do crédito.

Formulado pedido de habilitação dos herdeiros sem a comprovação supra mencionada, houve determinação para o seu correto cumprimento, conforme segue:

> *"... a simples afirmação de que os herdeiros do impetrante ratificam a sua vontade de que o herdeiro A.J.P. seja reconduzido ao encargo da inventariança não é bastante para cumprir o quanto determinado no item 1 da decisão de fl. 1.023/1.024, no sentido de comprovar a sua nomeação ou recondução como inventariante. Portanto, cumpra corretamente o impetrante a referida determinação."* (fl. 1.034).

Nem se diga que o artigo 32, § 5º, da Resolução CNJ n. 303/19 traria disposição diversa. Com efeito, *"a sucessão processual competirá ao juízo da execução"*, de modo que, no caso concreto, por não ter havido partilha, o crédito cabe ao espólio; partilhado, caberá aos herdeiros.

Destarte, correta a manutenção das decisões que determinaram a comprovação da recondução do inventariante, ou a substituição direta pelos herdeiros mediante a comprovação da partilha do crédito.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº

2244219-80.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TURISMO – CNTUR.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.161)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, CORREIA LIMA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES e RICARDO DIP.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2024.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Agravo interno – Interposição contra decisão que deferiu liminar postulada pela Confederação Nacional do Turismo – CNTUR em ação direta de inconstitucionalidade na qual é impugnada a Lei Estadual nº 17.747/2023, que obriga bares, restaurantes, lanchonetes, padarias e estabelecimentos similares a servirem, de forma gratuita, água potável filtrada à vontade aos clientes – Ausência de violação à cláusula de reserva de plenário – Legitimidade ativa da entidade reconhecida, não sendo óbice sua abrangência nacional, desde que comprovada a pertinência temática, como na hipótese – Probabilidade do direito configurada, diante de decisão pela inconstitucionalidade de lei similar na ADI 2201038-97.2021.8.26.0000, que dispunha sobre o fornecimento de "Água da Casa" no Município de São Paulo – Inexistência de dano irreparável à coletividade em se aguardar pelo julgamento do mérito, norma que ainda não havia entrado em vigor – Manutenção da decisão agravada – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno apresentado pela Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo contra a decisão de fls. 54/55 que, nos autos da ação principal, deferiu a tutela a liminar para suspender a eficácia da Lei Estadual 17.747/2023, que *"obriga bares, restaurantes, lanchonetes, padarias e estabelecimentos similares a servirem de água potável filtrada à vontade aos clientes"* até o julgamento do mérito. Alega que a r. decisão agravada violou princípio de reserva de plenário; padece de fundamentação; que é necessário reconhecer a ilegitimidade ativa da proponente CNTUR. No mais, teceu argumentos para defender a constitucionalidade da lei impugnada.

A Confederação Nacional do Turismo (CNTUR) apresentou contraminuta (fls. 25/37).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela legitimidade ativa da entidade e reconheceu a possibilidade de concessão de medida liminar por decisão monocrática. No mérito, manifestou-se pelo provimento do recurso, por prevalecer interesses de saúde pública, de proteção do consumidor e de defesa do meio ambiente em detrimento de mínima intervenção na liberdade do empresário (fls. 43/57).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A Lei Estadual 17.747/2023, publicada em 13 de setembro de 2023, estabeleceu:

Artigo 1º – Os bares, restaurantes, lanchonetes, padarias e estabelecimentos similares ficam obrigados a servir, de forma gratuita, aos seus clientes, água potável filtrada à vontade aos clientes.

§ 1º – Reputar-se-á água potável filtrada para os efeitos dessa lei, a água proveniente da rede pública de abastecimento que, para melhoria da qualidade, tenha passado por dispositivo filtrante.

§ 2º – Todo estabelecimento da espécie mencionada no "caput" deste artigo fica obrigado a afixar, em local visível aos clientes, cartaz e cardápio informando sobre a gratuidade da água potável filtrada.

Artigo 2º – Ao Poder Executivo caberá definir o órgão fiscalizador do cumprimento desta lei, bem como as penalidades a serem aplicadas aos infratores.

Artigo 3º – Os estabelecimentos que descumprirem a presente lei estarão sujeitos às sanções da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.

Artigo 4º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

A liminar pretendida foi deferida, sob os seguintes fundamentos:

Processe-se a ação direta, DEFERIDA a liminar para suspender a eficácia da norma impugnada até o julgamento do mérito, porquanto configurada a probabilidade do direito. Observo que, ao menos em um exame perfunctório, é relevante o argumento relacionado à violação à livre iniciativa, o que já foi

Acesso ao Sumário

reconhecido pelo C. Órgão Especial em demanda similar, ajuizada pela mesma parte, contra a Lei nº 17.453/2020 do Município de São Paulo, que dispunha sobre a oferta gratuita de "Água da Casa" (ADI 2201038-97.2021.8.26.0000; Relator Des. James Siano; Data do Julgamento: 08/06/2022).

Muito embora não se possa dizer que há dano irreparável aos estabelecimentos, porquanto o custo para o fornecimento de água não possa ser considerado exorbitante, plausível o deferimento da liminar, especialmente diante não só do custo acrescido, mas da diminuição da receita na venda de bebidas (não apenas da água propriamente). Por outro lado, não há dano irreparável à coletividade, que seria beneficiada com a lei, em se aguardar o julgamento do mérito.

Inicialmente, o C. Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que não viola a cláusula de reserva de plenário a decisão monocrática do relator em sede de liminar em ação direta de inconstitucionalidade estadual:

EMENTA RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR. DECISÃO MONOCRÁTICA EM ADI ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE Nº 10. INOCORRÊNCIA. A decisão monocrática do relator exarada em sede de tutela de urgência em ação direta de inconstitucionalidade estadual não se submete à cláusula da reserva de plenário albergada no art. 97 da Lei Fundamental. Precedentes. O relator atua, em tal hipótese, considerado o periculum in mora, como longa manus *do próprio órgão pleno competente para a declaração da inconstitucionalidade, a cujo referendo, de qualquer sorte, submetida a decisão monocrática. Agravo regimental conhecido e não provido.* (Rcl 11768 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02-02-2016)

No que toca à legitimidade ativa, o agravante refere que a parte autora é entidade de âmbito nacional, além de não representar lanchonetes e padarias.

Muito embora o artigo 90, inciso V da CE, confira legitimação às *"entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso"*, é pacífico no âmbito deste Órgão Especial o entendimento de que a redação do dispositivo não exclui a competência de entidades de âmbito nacional. Ademais, evidente a pertinência temática, pois a autora é confederação que tem como atribuição a representação judicial do interesse *das federações associadas e de seus sindicatos, e de igual forma os interesses individuais ou coletivos das empresas integrantes das categoriais de gastronomia, hospedagem e turismo representadas* (art. 5º, VI do Estatuto Social – fls. 20).

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DEFERIMENTO DA LIMINAR – LEI Nº 6.254, DE 11 DE ABRIL DE 2022, DO MUNICÍPIO DE VALINHOS/SP, QUE DISPÕE SOBRE A 'PROIBIÇÃO DE RADARES MÓVEIS OU FIXOS SEM A FUNÇÃO DE LOMBADA ELETRÔNICA NO MUNICÍPIO DE VALINHOS' – ***PROPOSITURA POR ENTIDADE ASSOCIATIVA DE CARÁTER NACIONAL*** *–* ***LEGITIMIDADE ATIVA RATIFICADA*** *– DECISÃO PROFERIDA EM CARÁTER MONOCRÁTICO – AUSÊNCIA DE VÍCIO PROCEDIMENTAL – ARTIGO 230 DO RITJSP E PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – MÉRITO RECURSAL – ALEGAÇÃO DE OFENSA*

Acesso ao Sumário

AO PACTO FEDERATIVO POR VIOLAÇÃO DE COMPETÊNCIA NORMATIVA DA UNIÃO – PERIGO DA DEMORA CONFIGURADO PELA CONSEQUENTE REPERCUSSÃO PRÁTICA EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS VIGENTES – CONCOMITÂNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À LIMINAR VERIFICADOS – AGRAVO IMPROVIDO. (TJSP; Agravo Regimental Cível 2191102-14.2022.8.26.0000; Relator: Francisco Casconi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 15/03/2023; votação unânime)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Arts. 1º e 2º da Lei nº 3.584, de 24 de agosto de 2020 e contra os arts. 1º e 2º da Lei nº 36, de 21 de outubro de 2020, ambas do Município de Porto Ferreira. Preliminar de ilegitimidade ativa ad causam. Afastamento. ***Entidade de âmbito nacional que, ao teor de seu estatuto social atua em dezenove Estados e que discute normas que interferem na prestação de serviços de concessionárias de serviços de água e esgoto prestados por suas filiadas e, dentre as quais, do Município afetado pela normatização combatida.*** *Precedentes da Corte. Preliminar afastada. (...) Ação procedente.* (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2289246-91.2020.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 21/07/2021; votação unânime)

Nos termos do artigo 3º, inciso I do seu Estatuto, a CNTUR representa, *no plano nacional, os direitos e interesses das categoriais econômicas de empresas de turismo, hotéis, apart hotéis e demais meios de hospedagem, restaurantes comerciais e coletivos, bares, casas de diversões e de lazer* ***e demais empresas de gastronomia****, empresas organizadoras de eventos, parques temáticos e demais empresas de turismo.*

A própria lei impugnada não apresenta rol exaustivo de estabelecimentos obrigados ao fornecimento de água, estabelecendo *"bares, restaurantes, lanchonetes, padarias e* ***estabelecimentos similares****"*, de modo que se admite a legitimidade ativa da entidade neste aspecto, pois não se pode concluir que representa apenas uma fração dos estabelecimentos atingidos. No mais, como já referido, demonstrada a pertinência temática entre o objeto social da entidade e a matéria tratada na lei objurgada.

Acesso ao Sumário

Acrescento que a legitimidade ativa da desta mesma parte requerente já foi reconhecida por este C. Órgão Especial em ação similar, contra a Lei nº 17.453/2020 (que dispunha sobre a "Água da Casa") do Município de São Paulo, valendo transcrever trecho a respeito do tema:

Observa-se que a entidade postulante representa o ramo de empresas que comercializam bebidas e alimentos, além do setor de hotéis e turismo, sendo aquelas nitidamente alcançadas pela norma impugnada, o que lhe consente a discutida pertinência temática.

Ou seja, a maior abrangência de empresas representadas não se mostra como incompatível para a defesa do interesse de uma parcela daquelas associadas. A autora não defende mera fração dos destinatários da norma "sub judi-

ce", mas sim efetivamente aquelas empresas envolvidas, em razão de estarem inseridas no ramo da gastronomia, além da sua possibilidade de desempenho em favor de outras atreladas ao turismo e eventos.

*Outrossim, **a atuação nacional como consequência de sua constituição na forma de confederação**, associação sindical de grau superior (art. 533 da CLT), **não significa empecilho para o reconhecimento da legitimidade no âmbito estadual ou municipal em defesa do interesse jurídico de seus agremiados.***

Não se pode considerar a maior abrangência espacial, pela natureza própria da entidade, como fator restritivo da sua legitimação. (ADI 2201038-97.2021.8.26.0000, Relator Des. James Siano, data de julgamento 08.06.2022).

No mais, a decisão liminar pautou-se na probabilidade do direito, tendo em vista que legislação similar já foi objeto de julgamento por este órgão julgador e reconhecida a inconstitucionalidade da norma, por violação à livre iniciativa. Por outro lado, considerou-se que não haveria dano irreparável à coletividade em se aguardar o julgamento do mérito, ao passo que os comerciantes seriam atingidos desde logo, tendo que promover adaptações em seus estabelecimentos de modo a cumprir a legislação, com possível redução da receita da venda de bebidas, ao passo que a lei sequer entrou em vigor. Diante dessas ponderações é que concedida a liminar, sendo certo que as razões do agravante são insuficientes para alterar as conclusões expostas.

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0141904-57.2013.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante OLIVEIRA E BRAUNER ADVOGADOS ASSOCIADOS, são agravados SINDICATO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SINDSEMP/SP e FEDERAÇÃO DOS SINDICATOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO ESTADO DE SÃO PAULO – FESSP-ESP.

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 39.273)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GO-

Acesso ao Sumário

MES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO e CORREIA LIMA.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2024.

FERNANDO TORRES GARCIA, Presidente e Relator

Ementa: Agravo interno – Decisão que indeferiu o pedido de levantamento de 10% do valor devido ao Sindicato dos Servidores do Ministério Público do Estado de São Paulo para pagamento de honorários contratuais – Litígio entre a parte e seu patrono – Necessidade de ação própria – Agravo não provido.

VOTO

Inconformados com o teor da decisão de fls. 884/885, item 1, de indeferimento do pedido de levantamento de 10% do valor devido ao Sindicato dos Servidores do Ministério Público do Estado de São Paulo – SINDSEMP para pagamento de honorários contratuais, Oliveira e Brauner Advogados Associados interpuseram agravo interno.

Em síntese, os agravantes sustentam que existe comando normativo que prevê a possibilidade de destaque de honorários advocatícios contratuais na fase de execução, mediante a juntada do respectivo contrato de honorários.

Sem contraminuta (fls. 908).

É o relatório.

O agravo interno não comporta provimento.

De efeito, conforme constou da decisão agravada, verificado litígio entre a parte e seu patrono, não é possível a retenção e liberação do valor relativo aos honorários contratuais pleiteados, mesmo considerados os argumentos veiculados neste recurso. De toda sorte, fica ressalvada a possibilidade de Oliveira e Brauner Advogados Associados exigi-los em ação própria.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. RESERVA DE NUMERÁRIO. DISCORDÂNCIA ENTRE AS PARTES. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO AUTÔNOMA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE DEU APÓS ANÁLISE DAS PROVAS E DO CONTRATO. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Todas as questões suscitadas pelas partes foram devidamente apreciadas pela Corte estadual, não havendo que se falar em negativa de

Acesso ao Sumário

prestação jurisdicional.

2. O acórdão estadual está em consonância com a jurisprudência desta Corte no tocante à necessidade de se ajuizar ação própria para a cobrança de honorários contratuais quando existir discordância entre o outorgante e o advogado.

3. Ademais, depreende-se que o Colegiado estadual julgou a lide com base nas disposições contratuais e no substrato fático-probatório dos autos, cujo reexame é vedado em âmbito de recurso especial, ante os óbices dos enunciados n. 5 e 7 da Súmula deste Tribunal.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.059.771/GO, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/4/2018, DJe de 16/4/2018.)

Destarte, correto o indeferimento do pedido de levantamento formulado pelo agravante.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo Interno Cível nº 2212391-66.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO MUNICIPAL DE DRACENA, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE DRACENA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.062)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, GOMES VARJÃO, CORREIA LIMA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e VICO MAÑAS.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2024.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INDEFERIMENTO DA LIMINAR – ALTERAÇÃO DO CÓ-

Acesso ao Sumário

DIGO DE POSTURAS DO MUNICÍPIO DE DRACENA – ALEGADOS VÍCIO DE INICIATIVA E AUSÊNCIA DE FONTE DE CUSTEIO QUE, A PRIORI, NÃO CONVENCEM DA MEDIDA – ABALO À RAZOABILIDADE, PORÉM, SUMARIAMENTE VERIFICADO EM RELAÇÃO A RESTRIÇÃO QUANTITATIVA IMPOSTA PELA NORMA IMPUGNADA, QUANTO AO NÚMERO DE ANIMAIS (DEZ) SIMULTANEAMENTE ABRIGADOS EM ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS OU PARTICULARES PARA TRATAMENTO DE SAÚDE – APARENTE INVASÃO DA RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO QUANTO À DETERMINAÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE EQUIPAMENTO PÚBLICO – LIMINAR DEFERIDA – RECLAMO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo Interno manejado contra ***decisum*** proferido por este Relator a fls. 31/32 da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que indeferiu a liminar postulada ***initio litis***, a qual objetivava a suspensão da eficácia da Lei Complementar nº 585, de 30 de junho de 2023, do Município de Dracena/SP, que *"altera o artigo 144 da Lei Complementar nº 50/1995 (Código de Posturas), dando-lhe nova redação"*.

Em breve síntese, insiste o agravante no preenchimento dos pressupostos para concessão da medida liminar. Assevera, nesse sentido, que o ato normativo representa a invasão da autonomia do Poder Executivo pela normativa questionada. Pontua que refletiu a criação de despesa sem indicação da fonte de custeio, ressaltando ainda a onerosidade excessiva dela advinda. Consigna a necessidade de desapropriação da área em questão e de licitação, bem como de transferência da lotação dos servidores e de realocação do maquinário público, ressaltando o impacto de tais atos no orçamento municipal. Também alega a violação ao princípio da eficiência, a inexistência de estudo de impactos ambientais e a ausência da realização de audiência pública ao longo do processo legislativo.

O Presidente da Câmara Municipal ofertou contrarrazões, defendendo que a normativa em análise não promoveu nenhuma inovação. Frisou que o legislador não determinou a criação de um novo centro de zoonoses, mas sim a realocação do "depósito de animais" para área rural. Enalteceu que a devida fonte de custeio se encontra prevista na Lei Complementar nº 585, de 30 de junho de 2023. Enfatizou a regularidade do processo legislativo, registrando que foi conferido à população conhecimento da normativa.

Em parecer aportado a fls. 44/50, a douta Procuradoria-Geral de Justiça

Acesso ao Sumário

opinou pelo provimento parcial do recurso.

É o breve relatório.

No interessante, a decisão agravada indeferiu a liminar com azo nos seguintes fundamentos:

"Ação de inconstitucionalidade voltada contra Lei Complementar nº 585, de 30 de junho de 2023, do Município de Dracena/SP, que 'altera o artigo 144 da Lei Complementar nº 50/1995 (Código de Posturas), dando-lhe nova redação' (fls. 20).

*Delineada **causa petendi** repousa preponderantemente em alegado vício de iniciativa para edição do ato normativo impugnado, porquanto o tema em questão – dispondo sobre a destinação de animais encontrados nas ruas, além de impor obrigação no sentido de que estabelecimentos públicos ou particulares que abriguem mais de dez animais simultaneamente sejam localizados na Zona Rural – envolve matéria própria de gestão administrativa, planejamento e gerenciamento de serviços públicos municipais, deliberação cuja iniciativa eventualmente competiria ao Chefe do Executivo Municipal, maculando assim o princípio da separação dos poderes, além de não indicação da correlata fonte de custeio e desbordo ao princípio da razoabilidade, tudo a ofender essencialmente artigos 5º, 24, § 2º, 25, 47, incisos II, XI e XIV, 111, 144 e 176, inciso I, da Constituição Bandeirante.*

***In casu**, em juízo sumário de cognição, a despeito dos fundamentos delineados, não se vislumbra **in ictu oculi** presença concomitante dos requisitos indispensáveis à concessão da medida de urgência reclamada, notadamente o **periculum in mora** frente à ausência de hipótese concreta de iminente dano grave e irreparável à Municipalidade, decorrente da vigência do ato até enfrentamento definitivo da demanda. Indefiro, portanto, a liminar requerida."*

Pese solução preambularmente imposta representar percepção deste Relator no momento em que proferida, nova reflexão da questão, à luz de argumentos lançados na insurgência e no parecer ministerial, impõem o **deferimento** da liminar reclamada ***initio litis***.

O artigo 144 do Código de Posturas do Município de Dracena, na sua redação original, prescrevia:

"Artigo 144 – Os animais encontrados nas ruas, praças, estradas ou caminhos públicos serão recolhidos ao depósito da Municipalidade.

Parágrafo único – A forma de apreensão e destinação será estabelecida em regulamentação própria."

Com o advento da Lei Complementar nº 585, de 30 de junho de 2023, do Município de Dracena, objeto de impugnação na ação direta, a sua redação foi modificada:

"Art. 1º. O artigo 144 da Lei Complementar nº 50/1995 (Código de Posturas) passa a vigorar com a seguinte redação:

'Artigo 144. Os animais encontrados nas ruas, praças, estradas ou cami-

Acesso ao Sumário

nhos públicos serão recolhidos ao depósito da Municipalidade que deverá ficar localizado na Zona Rural, numa distância de pelo menos 03 (três) quilômetros da Zona Urbana.

§ 1º. A forma de apreensão e destinação dos animais a que se refere o caput será estabelecida em regulamentação própria.

§ 2º. Os estabelecimentos públicos ou particulares que abriguem, ainda que provisoriamente e para fins de tratamento de saúde, mais de 10 (dez) animais simultaneamente, deverão ficar localizados na Zona Rural'.

Art. 2º. As despesas decorrentes da execução do disposto nesta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 3º. Esta Lei entrará em vigor 90 (noventa) dias após a data da sua publicação."

Embora não se vislumbre, de pronto, sustentada invasão à competência normativa do Chefe do Executivo para edição sobre a norma em comento que, via de regra, delibera sobre questão de zoneamento ou uso e ocupação do solo, enquanto os relevantes argumentos abordando majoração de despesa obstaculizam, se o caso, a eficácia da lei no exercício financeiro de sua vigência inicial, a restrição quantitativa imposta aos estabelecimentos públicos e privados, no que toca ao abrigo de animais para tratamento de saúde (cf. § 2º do artigo 144, na redação dada pela lei impugnada), realmente merece sobrestamento liminar.

Não se olvida que o princípio da razoabilidade orienta a dicção de atos normativos pelo Poder Público, motivo pelo qual a norma em combate deve amoldar-se aos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, registrando ainda seu caráter de polícia administrativa.

Sem evidências de limitação administrativa prévia na localidade, a edição da norma impugnada cria restrição aparentemente excessiva, com abalo a prestação de serviços relevantes dispostos à própria população do Município.

Nesse particular, bem destacou o parecer ministerial de fls. 44/50, cujos argumentos ficam também adotados como razão de decidir, ***verbis***:

"A lei municipal criou exigências rigorosas e sem fundamento legítimo para restringir a localização do depósito de animais e o funcionamento de estabelecimentos que acolhem animais, para tratamento de saúde, como clínicas veterinárias, uma quanto ao número de animais e outra quanto à sua localização.

Não se afiguram razoáveis, ponderadas e proporcionais as limitações impostas, visto que introduzem restrições à prestação de um serviço público e de uma atividade econômica em expansão, como clínicas veterinárias que atendem animais de pequeno porte, prejudicando inclusive os munícipes e consumidores, de forma injustificada.

A limitação do número de animais abrigados, por exemplo, impede o funcionamento de clínicas que prestam serviços de saúde para gatos e cachorros, animais de pequeno porte, impossibilitando que tenham 15 pacientes de serviços veterinários internados ao mesmo tempo.

Acesso ao Sumário

Além disso, a obrigação de que todos os estabelecimentos que internem animais para tratamento de saúde devam se situar na zona rural igualmente impede que clínicas veterinárias que recebem animais de pequeno porte se localizem na zona urbana, o que prejudica a atividade da própria clínica e os munícipes que utilizam tais serviços, dado o deslocamento imposto para o seu acesso.

Presentes, assim, os elementos indicativos da existência do ***fumus boni iuris****.*

Ademais, o requisito do ***periculum in mora*** *para a concessão da medida liminar também se faz presente.*

Com efeito, a manutenção dos efeitos da normativa questionada obstará o acesso dos munícipes à regular prestação dos serviços público e privado na área de saúde animal, a qual possui relevante importância, prejudicando diretamente os seus executores e, sobretudo, colocando em risco a saúde e o bem-estar animal."

De igual maneira, embora aparentemente ingresse em matéria de zoneamento ou de uso e ocupação do solo urbano, a inovação legislativa demandará alteração do local do depósito municipal de animais para local com, no mínimo, três quilômetros de afastamento da zona urbana, interferindo diretamente em modificação de equipamento público existente (o Centro de Controle de Zoonoses), circunstância que parece resvalar na reserva da administração.

Atenta-se, ainda, para a complexidade dos procedimentos administrativos (eventualmente, licitação, relotação e/ou contratação de servidores etc.) a serem adotados para esta modificação física, sem olvidar a repercussão dos custos imediatos e necessários a tais providências, circunstância que poderia, em tese, esbarrar na norma do artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias pela falta de impacto orçamentário e financeiro.

Assim sendo, defiro a liminar postulada para suspender, até o julgamento definitivo da ação direta, a vigência da Lei Complementar nº 585, de 30 de junho de 2023, do Município de Dracena/SP.

Oficie-se às autoridades competentes (Prefeito Municipal de Dracena/SP e Presidente da Câmara Municipal de Dracena/SP) para ciência da solução aqui imposta, prosseguindo-se com o processamento da ação direta, conforme ordenado a fls. 31/32 dos principais.

Dou provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cí-

vel nº 0042452-25.2023.8.26.0000, da Comarca de Jales, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E DETERMINARAM A REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO A UMA DAS CÂMARAS DA 2ª SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. DÉCIO NOTARANGELI E MELO BUENO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61.875)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 13 de dezembro de 2023.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PLEITO DE REMOÇÃO DE POSTES DE ENERGIA ELÉTRICA. DISCUSSÃO ACERCA DA UTILIZAÇÃO DE ESTRADA DE TERRA, OBJETO DE SERVIDÃO DE PASSAGEM, PARA A INSTALAÇÃO DA REDE DE ENERGIA ELÉTRICA.
– As Câmaras da Segunda Subseção da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo têm competência preferencial para as demandas relativas a servidão de caminho e direito de passagem (item II.5 do art. 5º da Resolução 623/2013 deste Órgão Especial).
Conflito procedente com determinação de redistribuir-se o feito a uma das Câmaras da Segunda Subseção da Seção de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

RELATÓRIO:

A 9ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça desfiou conflito

de competência em vista de anterior acórdão da 35ª Câmara de Direito Privado da Corte.

Tratam os autos referenciais de ação ajuizada por Silvio Ricardo Furlaneto e Sandra Ribeiro Furlaneto com o escopo de remover postes de energia elétrica em sua propriedade instalados por uma concessionária de serviço público (Elektro Redes S/A), instalação que se fez a pedido dos demandados Ronilson Aparecido da Silva e Eliani Aparecida Wick da Silva, sem autorização dos autores. Pleiteiam, em acréscimo, a condenação dos requeridos em compensação por lesões morais.

Distribuídos os autos à 35 ª Câmara da Seção de Direito Privado, ali não foram conhecidos, determinando-se sua redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, que seria competente, assim se entendeu, à luz do disposto na alínea b do item I.7 do art. 3º da Resolução 623/2013 (de 16-10), deste Órgão Especial ("*Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos: [...] b. extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução [...]*" (*e*-págs. 66-71)

Entendeu diversamente a Câmara suscitante – 9ª de Direito Público –, parecendo-lhe que, por envolver a prestação de serviços de fornecimento de energia, a competência seria preferencial e comum às Subseções de Direito Privado II e III, nos termos do § 1º do art. 5º da mesma Resolução 623/2013, que assim dispõe: "S*erão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia*" (*e*-págs. 81-90).

É o relatório do necessário.

VOTO:

1. Na ação objeto, afirmam-se os demandantes – Silvio Ricardo Furlaneto e Sandra Ribeiro Furlaneto – proprietários de pequena gleba rural, incluindo uma estrada de terra utilizada pelos vizinhos, em vista de contrato de servidão de passagem. Sustentam que esse gravame autorizou a utilização dessa estrada de terra apenas para fins de locomoção até a rodovia, sendo indevida a instalação de uma rede de energia elétrica composta por vários postes, para, sem permissão dos autores, o abastecimento de imóveis dos requeridos, mormente porque prejudicou o acesso das máquinas agrícolas ao prédio dos suplicantes.

2. É bem verdade que a competência recursal deste Tribunal de Justiça se define, em princípio, *ratione materiae*, do modo mesmo como conste desfiada a pretensão nos **fundamentos e pedidos da inicial** – arg. art. 103 do Regimento interno da Corte –, **não sendo relevante a circunstância de uma concessio-**

Acesso ao Sumário

nária de serviço público participar da demanda, tampouco os fatos e circunstâncias arguidas pelos réus, 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. Para a espécie, embora o pedido se restrinja à retirada dos postes de energia e a condenação dos requeridos no pagamento de uma indenização por lesões morais, a solução dos autos requer o exame do direito dos vizinhos requeridos de autorizarem a instalação de uma rede de energia elétrica, para o abastecimento de seu imóvel, instalação que ocupa parte de uma estrada de terra, **cuja utilização foi autorizada por meio de contrato de servidão de passagem**.

Parece que a matéria versada gira, com primazia, em torno do **contrato de servidão de passagem firmado entre as partes**, e sua correspondente competência recursória interna vem definida no inciso II.5 do art. 5º da Resolução 623/2013 deste Órgão Especial:

> *"Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:*
>
> *II – Segunda Subseção, composta pelas 11ª a 24ª Câmaras, e pelas 37ª e 38ª, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:*
>
> (...)
>
> *II.5 – Ações discriminatórias de terras* ***e as relativas a servidão de caminho e direito de passagem****" (o realce não é do original).*

POSTO ISSO, meu voto sugere que se julgue procedente este conflito, com determinação de que os autos sejam redistribuídos a uma das Câmaras da Segunda Subseção da Seção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0037947-88.2023.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante E. CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada E. 9ª 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 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. GUILHERME G. STRENGER, XAVIER DE AQUINO, DÉCIO NOTARANGELI E NUEVO CAMPOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.264)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, FERNANDO TORRES GARCIA, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES e RICARDO DIP.

São Paulo, 13 de dezembro de 2023.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Conflito de Competência. Ação de reparação de danos. Suposto erro Médico. Criança. Julgamento de agravo de instrumento face o deferimento da antecipação de tutela. Redistribuição daquele recurso pela e. Câmara suscitada à e. Câmara Suscitante, a pretexto do disposto no art. 33, par. único, inc. IV do Regimento Interno da Corte. Descabimento. Demanda fundada em responsabilidade civil decorrente do que seria um erro médico está no rol de competências da e. Seção de Direito Público por conta da qualificação dos réus. Aqui não se discute violação dos direitos fundamentais de criança. Competência da e. Câmara suscitada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tem curso na 1ª Vara de Fazenda Pública da comarca de Campinas ação

de reparação de danos decorrente de suposto erro médico em que autores são a criança identificada em epígrafe, nascida em (...), e sua genitora em face da Prefeitura de Campinas e do Hospital Municipal Dr. Mário Gatti (Rede Municipal Dr. Mário Gatti de Urgência, Emergência e Hospitalar), autos de n. (...). As autoras deram conta de que a criança era saudável. Precisou de internação e afirmaram, na exordial, que por erro caiu em estado vegetativo. Pediram antecipação de tutela, que lograram conseguir, contudo, entendendo ter direito a multa por descumprimento, recusada em primeira instância, agravaram (Agravo de Instrumento n. (...)).

O recurso foi distribuído para a e. Câmara suscitada que determinou sua redistribuição para a e. Câmara Especial, a pretexto de ser desta última a competência para conhecer analisar e decidir as pretensões relacionadas à saúde, no âmbito do ECA, consoante assim disposto no art. 33, parágrafo único, inciso IV do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça (fls. 11/17, r. decisão monocrática datada de 25/8/2023).

E operada a redistribuição, a e. Câmara Especial suscitou o conflito porque a demanda acha-se fundamentada em responsabilidade civil decorrente de suposto erro médico e não na violação de direitos fundamentais da criança (fls. 30/34).

Na origem atua o Ministério Público, porque o caso envolve criança, daí porque demos conhecimento do conflito à Subprocuradoria Geral de Justiça. Apresentou-se parecer pela fixação da competência com a e. 9ª Câm. de D. Público (fls. 47/50).

É o relatório.

Voto n. 56.264

O art. 98, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe: "As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: (...) por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável". Por sua vez, consoante posto no art. 148, parágrafo único, a e b, da mesma lei, a Vara da Infância e Juventude é competente para conhecer de pedidos de guarda e tutela no caso de crianças e adolescentes que se encontrem nas hipóteses do art. 98: "Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: (...) Parágrafo Único – Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: a) conhecer de pedidos de guarda e tutela; b) conhecer de ações de destituição do poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda (...)".

Dessa forma, nas ações que envolvam crianças e adolescentes, o critério que define a competência é a existência ou não de situação de risco e de vulnerabilidade dos menores, com vistas à proteção integral deles.

No presente caso, a criança, que não se acha juridicamente em situação

Acesso ao Sumário

de vulnerabilidade, porque sob a guarda da mãe, sua representante, propôs, aliás com sua genitora, ação de indenização por danos morais, materiais e estéticos c.c. obrigação de fazer contra o Município de Campinas e um importante Hospital público local, por conta de alegados erros no tratamento prescrito, que afetaram sobremaneira a menina (leia-se na exordial a fl. 4 a expressão "a deixaram em estado vegetativo"). Assim, a meu sentir, aquela demanda não se baseia em violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, mas, sim, em responsabilidade civil decorrente de erro médico em tese praticado por profissionais da saúde do Município de Campinas.

Desse modo, neste caso, ausente a especial situação de risco jurídico que justifique a competência excepcional do juízo da Infância e Juventude, restrita à ocorrência concomitante das hipóteses dos arts. 148, parágrafo único, e 98 do ECA. Em consequência, não é aplicável a Súmula deste Tribunal de n. 68: "Compete ao Juízo da Infância e da Juventude julgar as causas em que se discutem direitos fundamentais de crianças ou adolescentes, ainda que pessoa jurídica de direito público figure no polo passivo da demanda".

Sabidamente, é o conteúdo da petição inicial que orienta a fixação da competência recursal, consoante assim disposto no artigo 103 do nosso Regimento Interno, a saber, "A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la" ('verbis'). Daí porque as nossas assertivas inaugurais para fundamentar a remessa do caso à e. 9ª Câm. de Direito Público.

No recurso de agravo de instrumento n. (...) as autoras da ação indicaram como agravadas tanto a Prefeitura como o Hospital público (fl. 3). E na contraminuta de fl. 20, a Rede Mário Gatti de urgência, emergência e hospitalar, afirmou-se uma autarquia municipal criada pela Lei Complementar nº 191/18 (de Campinas).

Inserido na causa de pedir o equívoco imputado ao pessoal de hospital público.

Ao que se depreende da leitura do processo originário o fundamento legal do pedido é o disposto no art. 951 do Código Civil. Contudo, pretensão exposta em face do Estado, o Poder Público, com responsabilidade civil pelos atos profissionais, fáticos e jurídicos praticados por seus servidores públicos, ainda mais porque dentro do nosocômio municipal.

Posta a matéria nesses termos, nos ditames do art. 3º, inciso I, item I.7, letra 'a', da aludida Resolução n. 623/2013, a Seção de Direito Público, por suas 13 primeiras Câmaras, terá competência preferencial para, dentre outras, ações de responsabilidade civil do Estado por atos ilícitos 'previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações' (Redação dada pela Resolução n. 736, de 30.03.2016).

Acesso ao Sumário

Meu voto julga PROCEDENTE o presente conflito para afirmar a competência da e. 9ª Câmara de Direito Público, suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0036720-63.2023.8.26.0000, da Comarca de Guaratinguetá, em que é suscitante 16ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 82.663)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, 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, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO PELA 16ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DESTA CORTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO EM EMBARGOS DE TERCEIRO AJUIZADOS POR DEPENDÊNCIA A PROCESSO CRIMINAL. MATÉRIA QUE INSERE NA COMPETÊNCIA DE UMA DAS CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE, PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA PARA APRECIAÇÃO DO FEITO (9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DESTA CORTE).

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela e. 16ª Câmara de Direito Privado desta Corte, por meio de decisão da lavra do e. Desembargador Miguel Petroni Júnior (cf. fls. 423/424 e decisão do Presidente da Seção de Direito Privado a fls. 426), voltado contra decisão da lavra do e. Desembargador Alcides Malossi Júnior (cf. fls. 357/363), da 9ª Câmara de Direito Criminal desta Corte, que não conheceu de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu a gratuidade processual postulada pelos embargantes em embargos de terceiros ajuizados por dependência à notitia criminis, com pedido de instauração de investigação criminal para apuração de crime de estelionato contra idosos, com pedido de medidas cautelares de arresto, sequestro, hipoteca legal e quebras de sigilos fiscal e bancário.

Entendeu a Câmara suscitante que a competência é do direito criminal, visto que os embargos de terceiros foram opostos em inquérito policial, no qual se intenta a averiguação de estelionato contra idosos. Entende, assim, que não é competente para julgamento do presente agravo de instrumento.

Processou-se o incidente, foram colhidas informações da Câmara suscitada (fls. 435/436) e a Procuradoria-Geral de Justiça entendeu não ser caso de intervenção (fls. 451/453). As embargadas e autoras da notitia criminis também se manifestaram, opinando pela fixação da competência da Câmara Criminal (fls. 416/419).

É o relatório.

Julgo procedente o precedente conflito, para fixar a competência da 9ª Câmara de Direito Criminal desta Corte para julgamento do apelo.

Relembre-se que é o exame da inicial, no concernente à causa de pedir e ao pedido, que demarca a competência recursal. Aqui, trata-se de agravo de instrumento interposto em embargos de terceiro distribuídos por dependência a pedido de investigação criminal, que visa à averiguação de possível crime de estelionato contra idosos (autos 1004720-46.2022.8.26.0220).

Cabe então analisar quem seria o Órgão Julgador competente para análise de tal matéria nesta Corte e, por consequência, dos embargos de terceiro e dos recursos neles interpostos, tal como o presente agravo de instrumento. E a resposta revela que a competência é de uma das Câmaras que compõem a Seção de Direito Criminal. Isso porque não há discussão quanto às matérias de competência da Seção de Direito Privado e a constrição que ensejou os embargos de terceiro é proveniente de ordem dada em processo **criminal** e cumprida pelo Tabelionato de Imóveis de Guaratinguetá (cf. fls. 849/850 dos autos 1004720-46.2022.8.26.0220).

Pelo exposto, julgo procedente o conflito para declarar a competência da Câmara suscitada, a 9ª Câmara de Direito Criminal desta Corte.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0043956-66.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 35ª 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 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. DÉCIO NOTARANGELI E MELO BUENO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.135)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Apelação. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. Ação ajuizada pela DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S.A., sociedade de economia mista, em face de particulares, objetivando ressarcimento por prejuízo material decorrente de acidente de veículo automotor causado por imprudência e imperícia. Na origem, o pedido foi julgado improcedente.

DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA. O pedido formulado na inicial não tem como fundamento falta ou deficiência do serviço público de conservação da rodovia, mas de responsabilidade civil de particulares. Matéria de competência da 3ª Subseção de Direito Privado. Inteligência do artigo 5º, inciso III, item III.15, da Resolução 623/2013.

CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA C. 35ª CÂMARA DE DIREITO

Acesso ao Sumário

PRIVADO, SUSCITADA.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela C. 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em face da C. 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da ação reparatória por danos materiais ajuizada pela *DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S.A.* em face de *Antônio Luiz Pinto, Genésio Campos Filho, Alfeu da Costa Pereira e Sebastião Donizeti Vieira*, em decorrência de acidente de trânsito.

Da leitura dos autos, depreende-se que os réus, no dia 19/08/1996, na Rodovia 1501-SP, Km 538, pista Sul, na condução de seus veículos automotores, envolveram-se em abalroamento, resultando em danos ao patrimônio da autora, quais sejam, avaria em 10 defensas metálicas; 30 metros de cinta metálica; 20 suportes metálicos; 20 travessas metálicas, conforme a inicial. A autora atribuiu aos réus o prejuízo de R$ 6.962,94 (fls. 02/09 – autos principais).

Após instrução processual, a MMª. Juíza da 34ª Vara Central Cível, Drª. *Adriana Sachsida Garcia*, julgou improcedente o pedido e extinguiu o processo com análise de mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil (fls. 01/05).

Interposta apelação pela autora (fls. 08/14), a C. 35ª Câmara de Direito Privado, por decisão monocrática da Desembargadora *Ana Maria Baldy*, não conheceu do recurso, determinando a remessa dos autos a uma das C. Câmaras de Direito Público, por entender que o acidente ocorreu em rodovia administrada por concessionária de serviço público, com controvérsia sobre ilícito extracontratual decorrente de acidente de veículo (fls. 35/39).

A C. 9ª Câmara de Direito Público, por sua vez, através do v. acórdão de Relatoria do Desembargador *Carlos Eduardo Pachi*, não conheceu do recurso e suscitou o presente conflito negativo de competência, já que a ação objetiva ressarcimento dos danos causados por veículos particulares em mureta de concreto e defensas metálicas de rodovia, ressaltando ausência de discussão sobre deficiência ou falha no serviço (fls. 45/51).

Os autos aportaram em meu gabinete de trabalho em 01/12/2023.

RELATADOS, passo a decidir.

Com razão a C. 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ora suscitante.

À exegese do artigo 103 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, depreende-se 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"*.

Acesso ao Sumário

A Resolução O.E. nº 623/2013, que dispõe sobre a composição desta E. Corte de Justiça, fixa a competência de suas Seções e dá outras providências, estabelece em seu artigo 5º, III.15, que o julgamento de *"ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro, excetuadas as ações que envolvam deficiência ou falta do serviço público"*, recairá sobre as C. 25ª a 36ª Câmaras da Seção de Direito Privado (Terceira Subseção).

In casu, em que pesem os judiciosos argumentos expendidos pela suscitada, cuida-se de ação indenizatória por danos materiais decorrentes de colisão de veículos automotores particulares em estrutura física de rodovia administrada pela *DERSA*, sociedade de economia mista, cuja personalidade jurídica é de direito privado.

Repita-se, não obstante o acidente veicular tenha ocorrido em rodovia gerida por concessionária de serviço público, o fundamento do pedido indenizatório é a suposta conduta imprudente dos motoristas, que teria ocasionado prejuízo material à autora.

Sobre o tema, colaciono precedente deste C. Órgão Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Apelação interposta contra sentença que julgou procedente ação de indenização proposta por Rodovia das Colinas S/A em face de Ezer Egydio da Silva e Vanessa Moraes Egydio da Silva para condená-los ao pagamento do valor de R$ 2.870,55. ***Cuida a hipótese de ação de indenização proposta pela concessionária de serviço público (Rodovia das Colinas S/A) em face de particulares em decorrência de colisão contra a defensa metálica na Rodovia Castelo Branco, na altura do KM 110, que gerou prejuízos materiais.*** *Não se olvida do disposto na Súmula 165 deste E. Tribunal. Todavia, a hipótese dos autos é diversa, pois o pedido formulado na inicial* ***não tem como fundamento falta ou deficiência do serviço público de conservação da rodovia, o que afasta a competência da Seção de Direito Público*** *deste E. Tribunal. Inteligência do art. 5º, III.15, da Resolução 623/2013. Precedentes. Conflito procedente, determinada a remessa dos autos à 26ª Câmara de Direito Privado".*

(TJSP; Conflito de competência cível 0035151-95.2021.8.26.0000; Relator: James Siano; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Itu – 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 06/10/2021; Data de Registro: 07/10/2021) (destaquei).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Acidente em rodovia. Postulação indenizatória da concessionária em face do particular. Causa de pedir fundada na asserção de responsabilidade extracontratual do réu, que teria acondicionado, ***em seu caminhão, de maneira inadequada, carga que caiu e causou danos à concessionária****. Competência que sabidamen-*

Acesso ao Sumário

te se define pelos termos do pedido, independentemente do quanto depois se aduza em contestação ou reconvenção e ainda da qualidade da parte. Artigo 103 do Regimento Interno. ***Conhecimento do feito afeto à Subseção de Direito Privado III. Incidência da regra do artigo 5º, III.15, da Resolução 623/13****. Conhece-se do conflito, julgado procedente, para declarar competente a Câmara suscitante".*

(TJSP; Conflito de competência cível 0019122-04.2020.8.26.0000; Relator: Claudio Godoy; Data do Julgamento: 29/07/2020).

Outrossim, ações similares são comumente julgadas pela C. Seção de Direito Privado. Nesse sentido:

"APELAÇÃO. COLISÃO DE VEÍCULOS. Ação condenatória. Colisão de veículo contra defensa metálica instalada na rodovia. Danos materiais decorrentes. Sentença de procedência. Insurgência dos réus. – Legitimidade passiva. Condutor réu indicado como responsável pelos danos. Legitimidade passiva bem delineada. – Responsabilidade solidária entre o condutor do veículo e sua empregadora e proprietária do veículo. Art. 932, III, do Código Civil. Súmula 341 do C. STF. – Danos materiais. Deslizamento do veículo após freada abrupta em pista molhada. Observância ao disposto nos arts. 28 e 29, II, do Código de Trânsito Brasileiro. Dever de indenizar bem reconhecido. RECURSOS DESPROVIDOS".

(TJSP; Apelação Cível 1000613-88.2020.8.26.0038; Relatora: Claudia Menge; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araras – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/11/2023; Data de Registro: 28/11/2023).

"RECURSO – APELAÇÃO CÍVEL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – RODOVIA ESTADUAL – COLISÃO CONTRA DEFENSA METÁLICA – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS – AÇÃO DE COBRANÇA. Acidente onde a requerida colidiu contra defensa metálica em rodovia estadual. Pleito da concessionária requerente de reparação de danos materiais. Sentença de procedência. Requerida que pede a improcedência da ação e a concessão da gratuidade judiciária. Justiça gratuita. Concessão. Possibilidade. Prova da condição de pessoa humilde na acepção jurídica do termo, a quem a obrigação de recolhimento das custas possui o condão de prejudicar a subsistência. Responsabilidade da requerida configurada. Perda do controle da direção em trecho de rodovia em perfeitas condições de uso, sem arguição de culpa de terceiros. De acordo com o artigo 28 do Código de Trânsito Brasileiro, cabe ao condutor manter o controle sobre seu conduzido, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito. Dinâmica do acidente a evidenciar falta de observação do dever de cuidado previsto no Código de Trânsito Brasileiro. Conduta imperita que enseja o dever de indenizar os danos materiais nos termos da sentença. Danos materiais devidamente comprovados. Procedência em primeiro grau. Sentença parcialmente reformada. Recurso de apelação da requerida parcialmente provido, atento à majoração da honorária

Acesso ao Sumário

advocatícia prevista no parágrafo 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, devida aos patronos da requerente".

(TJSP; Apelação Cível 1000361-68.2023.8.26.0624; Relator: Marcondes D'Angelo; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tatuí – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2023; Data de Registro: 31/08/2023).

Assim, uma vez que a matéria não versa sobre falta ou deficiência na prestação de serviço público, tratando-se de responsabilidade civil de particulares, a competência é da Eg. Terceira Subseção do Direito Privado, nos exatos termos do artigo 5º, III.15, da Resolução O.E. nº 623/2013.

Pelo exposto, conheço do conflito de competência, a fim de declarar competente a C. 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, suscitada, para julgamento do recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0026624-86.2023.8.26.0000, da Comarca de Fernandópolis, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 31ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 31ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.199OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, CORREIA LIMA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2024.

DAMIÃO COGAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de Competência. Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer movida por aluna em face de universidade privada (ensino superior), na qual se

questiona a matrícula, convalidação de disciplinas, vaga em disciplina específica, além de danos morais e materiais. Relação jurídica de direito privado no fornecimento de serviços educacionais. Competência da Seção de Direito Privado. Inteligência do artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Precedentes do Órgão Especial. Conflito conhecido e provido para determinar a remessa dos autos à 31ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado na apelação cível nº 1000470-63.2022.8.26.0189 interposto por GISELA TEREZINHA MACIEL ANTUNES em face da r. decisão do Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Fernandópolis/SP, nos autos da ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais e materiais em face da UNIVERSIDADE BRASIL, que julgou improcedente o pedido da autora visando à admissão de matrícula no 11º semestre, bem como convalidação das disciplinas de Clínica Médica I, Pediatria I, Clínica Cirúrgica I e Saúde Coletiva I, além de requerer vaga para cursar a disciplina Urgência e Emergência I, danos materiais no valor de R$ 85.536,00 e danos morais no valor de R$ 20.000,00 (fls. 193/195 e 201).

Distribuídos os autos à C. 31ª Câmara da Seção de Direito Privado deste Tribunal, que, por votação unânime, não conheceu do recurso e determinou a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público, com fundamento no disposto no art. 3º, I.6, da Resolução nº 623/2013, sob o argumento de que a ação versa sobre ensino em geral inclusive com o questionamento de análise curricular, convalidação de matérias e rematrícula e não sobre a prestação de serviços educacionais (fls. 235/238).

O feito foi redistribuído à 3ª Câmara de Direito Público que, por votação unânime, suscitou o conflito de competência sob o fundamento de que a matéria tratada não diz respeito ao direito à educação, que seria de competência do Direito Público, mas à relação de consumo entre a estudante e a universidade, pessoa jurídica de direito privado, com quem aquela contratou os serviços de ensino superior, entendendo, portanto, pela competência da Seção de Direito Privado, deste E. Tribunal, nos termos do artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 623/2013, do C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 245/252).

A D. Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar por ausência de interesse (fls. 260/262)

Designou-se o D. Relator da 31ª Câmara de Direito Privado para decidir, se o caso, sobre as medidas urgentes, nos termos do artigo 201, do Regimento

Acesso ao Sumário

Interno deste E. Tribunal, até final julgamento pelo C. Órgão Especial.

É o relatório.

Na origem, a ação tramita perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Fernandópolis, em que Gisela Terezinha Maciel Antunes ingressou com ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais e materiais em face da Universidade Brasil, pretendendo: a) admissão da matrícula da autora GISELA no 11º semestre; convalidação das disciplinas de Clínica Médica I, Clínica Cirúrgica I e Saúde Coletiva I; e, vaga para cursar a disciplina Urgência e Emergência I; condenação ao pagamento de danos materiais no valor de R$ 85.536,00 (oitenta e cinco mil, quinhentos e trinta e seis reais) e danos morais no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A r. sentença do Juízo de Primeiro Grau julgou improcedente a ação, nos seguintes termos (fls. 193/195):

"O pedido inicial é improcedente.

1. *Não há controvérsia acerca da existência de relação jurídica entre as partes*, especialmente pelos documentos apresentados com a petição inicial (fls. 20/87) e com a contestação (fls.168/171).

2. ***Vale destacar que a relação entre as partes é de consumo e, portanto, regida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC)***, consoante interpretação dos artigos 2º e 3º, caput, sendo cabível a inversão do ônus da prova, na forma do disposto no artigo 6º, VIII, do CDC.

3. Frise-se que, não obstante o art. 207 da Constituição Federal disponha que as 'universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial', bem como que a definição dos critérios de aproveitamento de matérias de cursos realizados por alunos em processo de transferência ou de graduados em outros cursos de ensino superior são discricionários, é fato que elas sujeitam-se ao exame da legalidade de seus atos administrativos, pois sua discricionariedade não poderia estar isenta de apreciação judicial, já que não se pode excluir do poder-dever do Judiciário apreciar ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CF).

4. Ressalto que a Autora é aluna no curso de medicina na matriz curricular 2018-A, em razão de decisão proferida nos autos n. 1006151-82.2020.8.26.0189 (fls. 21/23).

5. Em contestação, pela Ré foi apresentado histórico escolar atualizado com a aprovação em relação a disciplina 'Pediatria I' (fls. 168/171).

Por outro lado, observo que as fichas de atividades diárias de estágio de 'Clínica Médica I' está sem total de horas a fls. 27 e em relação a 'Clínica Cirúrgica I' o relatório encontra-se sem assinatura do preceptor (fls. 57/63).

Além disso, não há nos autos comprovação de atividades referentes à disciplina 'Saúde Coletiva I'.

Desta forma, para convalidação das disciplinas Clínica Médica I, Clínica

Cirúrgica I e Saúde Coletiva I é necessário cumprimento das atividades pela Autora.

6. Dos autos, não foi apresentado protocolo de requerimento de vaga para cursar a disciplina 'Urgência e Emergência I' perante a Ré, o que inviabiliza a imposição desta obrigação, por ausência de aparente recusa.

7. Outrossim, a Autora continua matriculada na instituição Ré, motivo pelo qual a mensalidades pagas não devem ser restituídas.

No mais, ficou demonstrada a efetiva prestação do serviço pela Ré, inclusive com apontamentos de disciplinas cumpridas no semestre 2021.1, conforme verifica-se do histórico escolar da Autora (fls. 21/23).

8. Por fim, considerando as circunstâncias e consequências do caso, não vislumbro elementos caracterizadores de danos morais indenizáveis.

Dispositivo.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial deduzido por GISELA TEREZINHA MACIEL ANTUNES em face de UNIVERSIDADE BRASIL, para o fim de a) declarar inexigíveis as pretensões de admissão de matrícula no 11º semestre; convalidação das disciplinas de Clínica Médica I, Clínica Cirúrgica I e Saúde Coletiva I; e vaga para cursar a disciplina Urgência e Emergência I, enquanto não apresentadas o devido cumprimento pela Autora das atividades curriculares e observando-se a autonomia pedagógica da universidade; b) declarar inexigíveis a pretensões de recebimento de danos materiais no valor de R$ 85.536,00 e de danos morais no valor de R$ 20.000,00, no caso sub judice. Condeno a Autora no pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios sucumbenciais, que arbitro em 10% sobre o valor da causa."

Irresignada, a autora ingressou com embargos de declaração, que foram rejeitados (fls. 201), e então interpôs recurso de apelação a este E. Tribunal de Justiça.

Distribuídos os autos à C. 31ª Câmara da Seção de Direito Privado deste Tribunal, que, por votação unânime, não conheceu do recurso e determinou a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público, com fundamento no disposto no art. 3º, I.6, da Resolução nº 623/2013, sob o argumento de que a ação versa sobre ensino em geral inclusive com o questionamento de análise curricular, convalidação de matérias e rematrícula e não sobre a prestação de serviços educacionais (fls. 235/238).

O feito foi redistribuído à 3ª Câmara de Direito Público que, por votação unânime, suscitou o conflito de competência sob o fundamento de que a matéria tratada não diz respeito ao direito à educação, que seria de competência do Direito Público, mas à relação de consumo entre a estudante e a universidade, pessoa jurídica de direito privado, com quem aquela contratou os serviços de ensino superior, entendendo, portanto, pela competência da Seção de Direito Privado, deste E. Tribunal, nos termos do artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 623/2013,

Acesso ao Sumário

do C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 245/252).

Anote-se que, como regra geral de competência jurisdicional, de acordo com o artigo 103, do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, "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 artigo 104 do mesmo diploma complementa: "A competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento".

Assim, tratando-se de uma ação de obrigação de fazer em face de universidade privada, questionando matrícula, convalidação de disciplinas, pleiteando vaga em disciplina específica, além de pretender indenização por danos morais e materiais, a relação jurídica entre as partes é de consumo, e a obrigação advém de contrato de prestação de serviços educacionais, afastando-se a competência da Câmara de Direito Público suscitante, não restando dúvidas sobre a competência ser firmada para o suscitado (Câmara de Direito Privado), nos termos o artigo 5º, § 1º, da Resolução 623/2013, que define a competência nos seguintes termos:

> Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas: (...)
>
> § 1º. Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou **prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares** e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia.
>
> § 2º. Os recursos das ações referidas no parágrafo anterior serão distribuídos às Câmaras de 11ª a 24ª e 37ª e 38ª e às Câmaras de 25ª a 36ª, pela Presidência da Seção de Direito Privado, de modo a manter entre elas equilíbrio na distribuição geral dos recursos.

A competência da Câmara Suscitante apenas se daria caso se tratasse matéria que envolvesse "ensino em geral", excetuada a competência da Câmara de Direito Privado:

> **Art. 3º.** A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:
>
> I – **1ª a 13ª Câmaras**, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: (...)

Acesso ao Sumário

I.6 – **Ações relativas a ensino em geral, ressalvado o disposto no § 1º do art. 5º desta Resolução**.

Este C. Órgão Especial já firmou entendimento nesse sentido:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – Pretensão de emissão de certificado de conclusão de curso supletivo e histórico escolar válidos – Obrigação de natureza contratual, ausente discussão sobre regras ou diretrizes de ensino, nem sobre critério administrativo, disciplinar ou didático – Inteligência do artigo 5º, § 1º, da Resolução TJSP nº 623/2013 – Competência da Seção de Direito Privado para ações que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares – Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada. (TJSP; Conflito de competência cível 0034335-79.2022.8.26.0000; Relator: Luis Fernando Nishi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Itapevi – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/12/2022; Data de Registro: 08/12/2022)

VOTO Nº 37183 CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelação. Obrigação de fazer c.c. reparação de danos. Ensino superior. Pretensão deduzida para compelir a instituição de ensino a receber e avaliar trabalho de conclusão de curso e excluir faltas. Suposto defeito na prestação do serviço. Lide que versa sobre a relação jurídica obrigacional existente entre a discente e a instituição de ensino, nada havendo que se relacionar com o direito público. Competência da Seção de Direito Privado. Exegese do art. 5º, § 1º, da Resolução n.º 623/13 deste E. Tribunal. Precedentes deste C. Órgão Especial. Competência da C. 36ª Câmara de Direito Privado, ora suscitada. Conflito de competência procedente. (TJSP; Conflito de competência cível 0030211-53.2022.8.26.0000; Relator: Tasso Duarte de Melo; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Catanduva – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/10/2022; Data de Registro: 21/10/2022)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Demanda ajuizada contra pessoa jurídica de direito privado. Ação de obrigação de fazer consistente em transferência do curso de Biomedicina ao de Medicina, com usufruto de bolsa integral do Programa Universidade para Todos (ProUni) para o novo curso. Obrigações irradiadas de contrato de prestação de serviços educacionais. Competência das Subseções de Direito Privado II e III (art. 5º, § 1º, da Resolução nº 623/13 do TJSP). Conflito procedente, reconhecida a competência da 35ª Câmara de Direito Privado. (TJSP; Conflito de competência cível 0008696-59.2022.8.26.0000; Relator: Fábio Gouvêa; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de São Joaquim da Barra – 1ª Vara; Data do Julgamento: 11/05/2022; Data de Registro: 12/05/2022)

Conflito de Competência. Expedição de diploma de curso superior cumulada com pedido de indenização. Competência que se define nos termos da inicial (art. 103, RITJSP). Petição inaugural que versa sobre contrato de prestação de serviços educacionais. Matéria afeta à Seção de Direito Privado, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Resolução OE nº 623/2013.

Acesso ao Sumário

Precedentes deste Col. Órgão Especial. Conflito procedente para declarar a competência do juízo suscitado. (TJSP; Conflito de competência cível 0040511-11.2021.8.26.0000; Relator: Costabile e Solimene; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Batatais – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/01/2022; Data de Registro: 27/01/2022)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO TIRADO EM SEDE DE AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER MOVIDA POR ALUNA EM FACE DE INSTITUIÇÃO PRIVADA DE ENSINO SUPERIOR OBJETIVANDO EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA DE GRADUAÇÃO – MATÉRIA QUE NÃO SE REFERE A "ENSINO EM GERAL" NEM ENVOLVE ATO DO PODER PÚBLICO – TEMA RELACIONADO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS POR INSTITUIÇÃO ESPECÍFICA – COMPETÊNCIA RECURSAL DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO – EXEGESE DO § 1º, DO ARTIGO 5º, DA RESOLUÇÃO 623/2013 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL – PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL – CONFLITO PROCEDENTE A FIM DE DECLARAR COMPETENTE A 32ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, DETERMINANDO-SE A ELA O RETORNO DOS AUTOS. (TJSP; Conflito de competência cível 0046511-61.2020.8.26.0000; Relator: Ferraz de Arruda; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Regional VIII – Tatuapé – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/03/2021; Data de Registro: 04/03/2021)

Com efeito, como bem destacado, interpretação diversa desvirtuaria o atual sentido do artigo 5º, § 1º, da Resolução TJ/SP nº 623/2013, não se adequando à competência firmada pelo art. 3º, I.6, como apontado pela Câmara suscitada.

Dessa forma, tendo em vista que são os termos do pedido inicial que firmam a competência dos órgãos deste E. Tribunal, deve ser fixada a competência para a 31ª Câmara de Direito Privado.

Isso posto, **julga-se procedente o conflito de competência, determinando-se a redistribuição do feito para a 31ª Câmara de Direito Privado.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0040350-30.2023.8.26.0000, da Comarca de Guararema, em que é suscitante 3º CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 29º 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 29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDA A EXMA. SRA. DESª. SILVIA ROCHA.", de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 49614)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO e CORREIA LIMA.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2024.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PROPOSTA POR PARTICULAR CONTRA EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. PRETENSÃO DE COMPELIR A RÉ A INSTALAR O SERVIÇO PÚBLICO NO IMÓVEL DO AUTOR. COMPETÊNCIA FIRMADA PELA CAUSA DE PEDIR (CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA). INCIDÊNCIA DO ARTIGO 5º, § 1º DA RESOLUÇÃO N. 623/2013 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL. PRECEDENTES DESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL EM CASOS ANÁLOGOS. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA 29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO RECURSO.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado em recurso de apelação interposto nos autos da ação de obrigação de fazer proposta por Marcos Ferreira da Silva contra EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A.

O recurso foi inicialmente distribuído à 29ª Câmara de Direito Privado, a qual não conheceu do mesmo e determinou a sua redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público desta Eg. Corte (fls. 184/188).

O feito foi distribuído à 3ª Câmara de Direito Público, que, por sua vez, suscitou o presente conflito negativo de competência (fls. 192/198).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Estabelece o artigo 103 do RITJSP:

"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 hipótese, a causa de pedir refere-se à negativa de instalação de sistema de fornecimento de energia elétrica em imóvel particular.

Aplicável, portanto, o artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013, deste Eg. Tribunal de Justiça, o qual dispõe:

"Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:

(...) III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...) § 1º. Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia".

Embora não haja contrato de fornecimento de energia elétrica vigente, é justamente esta pretensão que embasa a presente demanda.

Em casos idênticos, assim tem decidido este C. Órgão Especial:

"Conflito negativo de competência – Ação que busca compelir a ré ao fornecimento de energia elétrica no imóvel da demandante – Inteligência do artigo 103 do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça de São Paulo – Competência fixada pela causa de pedir da demanda – Fornecimento de energia elétrica para particular – Incidência do disposto no artigo 5º, § 1º da Resolução n. 623/2013 deste Tribunal – Competência recursal da Seção do Direito Privado – Conflito de competência julgado procedente – Competência da suscitada 29ª Câmara de Direito Privado" (CC n° 0019863-39.2023.8.26.0000, rel. Márcia Dalla Déa Barone, j. em 16/08/2023).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer – Fornecimento de energia elétrica em loteamento irregular – Existência de precedentes deste Egrégio Órgão Especial – Aplicação do art. 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013 – Competência da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado (da 11ª à 38ª Câmaras) – Conflito acolhido – PROCEDÊNCIA para reconhecer a competência da Colenda 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP para conhecer e julgar o apelo interposto" (CC nº 0018932-36.2023.8.26.0000, rel. Elcio Trujillo, j. em 05/07/2023).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela provisória de urgência – Imóvel sem fornecimento

Acesso ao Sumário

de serviços de saneamento básico – Água e esgoto – Negativa administrativa da concessionária baseada na irregularidade do loteamento – Matéria de natureza privada – Eventual irregularidade do imóvel ou presença do ente municipal no feito não alteram a competência – Precedentes – Aplicação do art. 5º, § 1º, da Resolução nº. 623/2013 – Competência da Seção de Direito Privado – Fixação da competência da 14ª Câmara de Direito Privado – Conflito procedente" (CC nº 0018389-67.2022.8.26.0000, rel. Ademir Benedito, j. em 24/08/2022).

Ante o exposto, julgo procedente o conflito negativo para declarar a competência da 29ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça para processar e julgar o presente recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0001124-81.2024.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 7ª 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 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.295)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), 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, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO AYROSA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2024.

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de usucapião de bem imóvel movida por particular contra particular. Comparecimento do ente municipal para alegar que a área debatida invade bem público. Irrelevância. Competência recursal firmada com base no pedido inicial. Precedentes deste

Acesso ao Sumário

C. Órgão Especial. Competência da Subseção de Direito Privado I (art. 5º, inc. I, item I.15, da Resolução nº 623/13 do TJSP). Conflito procedente, reconhecida a competência da 7ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 8ª Câmara de Direito Público, figurando como suscitada a Colenda 7ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça, em recurso de apelação interposto por CÉLIO TREVISAN, nos autos da ação de usucapião de bem imóvel que move contra DIRCE NUNES TEODORO DOS SANTOS, objetivando a reforma da sentença, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Os autos foram distribuídos inicialmente à 7ª Câmara de Direito Privado, oportunidade em que o recurso não foi conhecido, com determinação de sua redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público, tendo em vista que o Município de Jundiaí teria manifestado interesse na causa, *"ao menos até que constatado por perícia que a fração pública do imóvel foi devolvida"*.

Redistribuídos os autos, a Colenda 8ª Câmara de Direito Público não conheceu do recurso e suscitou o conflito, nos termos do v. Acórdão de fls. 327/332, ao argumento de que, diante da pretensão de usucapião, o fato de parte da área discutida configurar bem público não altera a competência recursal, que se firma em razão do pedido inicial e não da parte que compõe o polo passivo.

É o relatório.

Entendo que o conflito deva ser julgado procedente, competente a Câmara suscitada.

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 ação de usucapião de bem imóvel movida pelo apelante apenas contra particular.

Assim, embora o Município de Jundiaí tenha apresentado contestação sob o argumento de que a área discutida invade a via pública, tal ato processual, superveniente à petição inicial, não tem o condão de alterar a competência recursal prevista no art. 5º, I, I.15, da Resolução nº 623, de 2013:

> Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:
>
> I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

Acesso ao Sumário

(...)

I.15 – Ações de usucapião de bem imóvel;

Salienta-se que é recorrente a situação em que, após a intimação das Fazendas Públicas nas ações de usucapião, comparece aos autos algum ente público para contestar sob alegação de que a área ou parte dela constitui bem público. E, nesses casos, a jurisprudência deste E. Órgão Especial se firmou no sentido de que a competência remanesce à Seção de Direito Privado:

> Conflito negativo de competência instaurado pela C. 12ª Câmara de Direito Público em face da C. 2ª Câmara de Direito Privado – Ação de usucapião de bem imóvel contestada pelo Município de Sorocaba – Arguição de que parte da área usucapienda integra o patrimônio público – Irrelevância – Competência para exame do recurso que se firma pelos termos do pedido inicial (art. 103 do RITJSP), segundo o critério "ratione materiae", sendo irrelevante a qualidade da parte ("ratione personae") – Matéria que se enquadra no âmbito da competência da Primeira Subseção de Direito Privado – Inteligência do artigo 5º, inciso I, item I.15, da Resolução nº 623/2013 deste Órgão Especial – Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada (2ª Câmara de Direito Privado). (TJSP; Conflito de competência cível 0030617-40.2023.8.26.0000; Rel. Des. Vianna Cotrim; Órgão Especial; j. 27/09/2023)
>
> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de usucapião de bem imóvel. Contestação do Município de São Paulo alegando que o bem usucapiendo está localizado em área pública. Irrelevância. Competência recursal que, nesse caso, é estabelecida pelo pedido contido na inicial, independentemente da natureza do bem, pois, nos termos do art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, "a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la". Incidência da regra do artigo 5º, I.15, da Resolução nº 623/13, ao estabelecer a competência da Seção de Direito Privado para julgar ações de usucapião de bem imóvel. Precedentes deste Eg. Órgão Especial. Competência da Colenda 4ª Câmara de Direito Privado, ora Suscitada. Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada. (TJSP; Conflito de competência cível 0022735-27.2023.8.26.0000; Rel. Des. Evaristo dos Santos; Órgão Especial; j. 09/08/2023)

Note-se que, recentemente, reconheceu-se a competência recursal da Seção de Direito Privado até mesmo em ações cujos pedidos eram de usucapir imóvel pertencente a entidade autárquica ou a Município:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE USUCAPIÃO DE BEM IMÓVEL PERTENCENTE A ENTIDADE AUTÁRQUICA. IRRELEVÂNCIA DA QUALIDADE DA PARTE E DA NATUREZA DOMINIAL PÚBLICA DO BEM. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, I.15, DA RESOLU-

Acesso ao Sumário

ÇÃO TJSP Nº 623/2013. PRECEDENTES. CONFLITO PROCEDENTE, COMPETENTE A 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, SUSCITADA. (TJSP; Conflito de competência cível 0035601-67.2023.8.26.0000; Rel. Des. Xavier de Aquino; Órgão Especial; j. 29/11/2023)

Conflito de Competência. Apelação. Ação de usucapião constitucional urbano de imóvel de propriedade do Município de São Paulo. Normas de direito privado aplicáveis. Competência da Seção de Direito Privado. Inteligência do artigo 5º, I.15 da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Precedentes do Órgão Especial. Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à 8ª Câmara de Direito Privado. (TJSP; Conflito de competência cível 0004964-07.2021.8.26.0000; Rel. Des. Damião Cogan; Órgão Especial; j. 27/10/2021)

Assim, não há nada que atraia a competência da C. Câmara suscitante, integrante da Seção de Direito Público.

Diante do exposto, competente a Colenda 7ª Câmara de Direito Privado (suscitada), julgo procedente o presente conflito de competência.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2270007-96.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente R.N.R., é impetrada PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A ORDEM. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.618)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, 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, CAMPOS MELLO e FÁBIO GOUVÊA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 13 de dezembro de 2023.
MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – PACIENTE DENUNCIADO POR CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL PREVISTO NO ARTIGO 215-A DO CÓDIGO PENAL – BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NÃO OFERECIDO PELA PROMOTORIA DE JUSTIÇA E PELA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA – NÃO PREENCHIMENTO PELO PACIENTE DOS REQUISITOS SUBJETIVOS DO INCISO II DO ARTIGO 77 DO CÓDIGO PENAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA.

VOTO

Trata-se de habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de R.N.R., contra ato da Procuradoria Geral de Justiça que concordou com a Promotoria de Justiça em não propor ao paciente o benefício da suspensão condicional do processo ao oferecer contra ele denúncia pela prática de crime de importunação sexual previsto no artigo 215-A do Código Penal.

Sustenta a impetrante que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, pois é primário e o tipo de crime cuja prática lhe é imputada permite a suspensão condicional do processo.

Aduz que, ao se recusar em propor o benefício, a Procuradoria Geral de Justiça se apoiou tão somente na natureza do crime cuja prática lhe é imputada, embora na Lei nº 9.099/95 não exista vedação em concedê-lo em crime praticado contra mulher, e a Promotoria de Justiça alegou ocorrência de reiteração criminosa, embora tal alegação não esteja comprovada ou baseada em qualquer indício nesse sentido.

Postula liminar para suspensão da ação penal instaurada contra o paciente e, no mérito, concessão da ordem para que o Ministério Público lhe ofereça o benefício da suspensão condicional do processo.

O relator indeferiu a liminar e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 230/231 e 240/243).

É o Relatório.

Consoante entendimento do STJ, a suspensão condicional do processo não constitui direito subjetivo do acusado, mas, sim, poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação ou não do referido instituto, desde que o faça de

Acesso ao Sumário

forma fundamentada: HC 218.785/PA, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 11.09.2012; AgRg no HC 504.074/SP, Relator Ministro Antonio Saldanha alheiro, DJe 23.08.2019; APn 871/DF, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 27.10.2017; AgRg no RHC 74.464/PR, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 09.02.2017; AgRg no AREsp 607.902/SP, Relator Ministro Gurgel de Faria, DJe 17.02.2016; AgRg no HC 676.294/SP, Relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), DJe 15.02.2022; AgRg no HC 654.617/SP, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 11.10.2021.

Outrossim, para concessão da suspensão condicional do processo é necessário o preenchimento não apenas dos requisitos objetivos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 e do inciso I do artigo 77 do Código Penal, quais sejam, crime com pena mínima igual ou inferior a um ano, não estar o acusado sendo processado ou ter sido condenado por outro crime e ausência de reincidência em crime doloso; mas também os requisitos subjetivos do inciso II do artigo 77 do Código Penal, referentes à adequação do benefício em face da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como dos motivos e circunstâncias do crime, consoante entendimento do STJ: HC 455.901/RJ, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 02.10.2018; AgRg no AREsp 1.141.600/SP, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe 20.10.2017; HC 87.992/RJ, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 25.02.2008; RHC 9.767/RJ, Relator Ministro Vicente Leal, DJ 04.12.2000; HC 41.859/SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 02.10.2006.

No caso, o paciente não preenche os requisitos subjetivos do inciso II do artigo 77 do Código Penal, referentes à culpabilidade, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime.

Como exposto de forma fundamentada pela Procuradoria Geral de Justiça, o paciente foi denunciado por crime de importunação sexual previsto no artigo 215-A do Código Penal porque, ao que se colhe da inicial da ação penal, investiu contra B.S. em local de trabalho, para satisfazer a própria lascívia, aproveitando-se da relação profissional existente entre ambos, comportamento este que revela acentuado grau de culpabilidade e lesividade por atentar contra os direitos à intimidade e à dignidade sexual, bem como revela a existência de personalidade desvirtuada e traduz conduta social altamente reprovável.

A propósito, em caso semelhante o Órgão Especial também entendeu dessa forma:

"Habeas Corpus Criminal. Paciente denunciado por importunação sexual contra mulher (art. 215-A do Código Penal). Alegação de constrangimento ilegal pela negativa do Procurador-Geral de Justiça em admitir a suspensão condicional do processo. Hipótese de denegação da ordem. Inexistência de direito subjetivo do réu. Cabe ao Ministério Público, na condição de titular da ação penal, o poder-dever de admitir ou repudiar a transação, mediante apreciação

Acesso ao Sumário

motivada das circunstâncias e requisitos que eventualmente possam autorizar a tentativa de sua implementação. Precedentes dos Tribunais Superiores e deste Órgão Especial. Contrariedade encontra supedâneo na apreciação de que o comportamento do paciente revela conduta deturpada que não justifica a concessão do benefício negocial. Ofensa cometida contra mulher em razão de sua própria condição. Justificativa plausível para obstar a celebração de acordo na seara penal. Arcabouço legal de proteção à mulher, constituído desde a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), visa a coibir a violência de gênero, anseio que permeia toda a sociedade. Transação efetivamente pode não representar uma medida eficaz para a inibição de crime dessa natureza. Inteligência do art. 2º da Lei nº 11.340/2006 e art. 28-A, § 2º, inciso IV, do Código Penal. Inocorrente demonstração de ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade impetrada. Ordem denegada" (Habeas Corpus Criminal nº 2045683-26.2023.8.26.0000, Relator Desembargador James Siano, julgado em 03 de maio de 2023).

Portanto, a recusa do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo tem amparo no artigo 77, inciso II, do Código Penal e em entendimento do Órgão Especial, não constituindo ilegalidade passível de correção pela via do habeas corpus.

Pelo exposto, denego a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2266652-78.2023.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que são impetrantes RAFAEL ADRIANO DORIGAN, JOSÉ SÉRGIO DO NASCIMENTO JUNIOR, DANILO CAMPAGNOLLO BUENO, VICTOR CASTANHEIRA SANTO ANDRÉ e MARIA EDUARDA BRASILEIRO LOPES e paciente BRENO HENRIQUE PEREIRA DE ALENCAR, é impetrado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A ORDEM. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. JOSÉ SÉRGIO DO NASCIMENTO JUNIOR.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.592/2023)**

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, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO

Acesso ao Sumário

MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 6 de dezembro de 2023.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. Acordo de não persecução penal. Ato do Procurador-Geral de Justiça que ratificou a recusa do oferecimento do acordo previsto no artigo 28-A, do Código de Processo Penal. Manutenção. Prerrogativa exclusiva do titular da ação penal. Decisão da autoridade impetrada que está devidamente fundamentada. Solução negocial que, no caso concreto, não se mostra necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Inexistência de constrangimento ilegal ou abuso de poder. Exame da jurisprudência.
ORDEM DENEGADA.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por *DANILO CAMPAGNOLLO BUENO E OUTROS*, em favor de *BRENO HENRIQUE PEREIRA DE ALENCAR*, apontando como autoridade coatora o *PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO*, por ter ratificado o posicionamento da 7ª Promotora de Justiça de Campinas de recusa do oferecimento de acordo de não persecução penal (ANPP), nos autos do processo nº 1502064-11.2023.8.26.0548, em que o paciente foi denunciado como incurso no artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03.

Sustentam, em síntese, que a justificativa para recusa de oferecimento do ANPP, apresentada pela autoridade apontada como coatora, é manifestamente ilegal na medida em que não se encontra amparada dos requisitos materiais, objetivos ou subjetivos, definidos no artigo 28-A, do Código de Processo Penal. Apontam, ainda, ser inequívoco o preenchimento dos requisitos legais pelo paciente, sendo, portanto, impositivo o oferecimento do aludido acordo, o que justificaria a concessão da ordem para que seja determinada à autoridade impetrada que *"apresente nova manifestação em relação ao oferecimento do ANPP em favor do paciente, lastreada em elementos idôneos e concretos das circunstâncias do delito"*.

Indeferido o pedido de concessão de medida liminar (fls. 164-166), sobrevieram as informações da autoridade impetrada aduzindo que o titular da ação penal pública é que detém, privativamente, a prerrogativa a respeito do

Acesso ao Sumário

cabimento ou não da oferta de acordo de não persecução penal, não se tratando, portanto, de direito subjetivo do acusado. Aduz, ainda, que o artigo 28-A, do Código de Processo Penal estabelece como condição para a aplicação do referido instituto, que o ANPP deve se mostrar necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, o que não teria se verificado no caso concreto, sendo o que basta para a sua negativa.

Figurando, o Exmo. Procurador-Geral de Justiça, como autoridade impetrada, não houve apresentação de parecer ministerial.

É o breve relato.

Conforme se verifica das informações apresentadas pela autoridade impetrada, a Douta Promotora de Justiça de Campinas ofereceu denúncia contra o paciente, imputando-lhe o crime tipificado no artigo 16, § 1º, inciso I, da Lei nº 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento, porque no dia 03 de junho de 2023, por volta das 23h15, na Rua Vitor Quatel Júnior, numeral 67, Parque Itália, na cidade e comarca de Campinas, ele portava arma de fogo de uso permitido, consistente em uma pistola marca "Beretta", calibre 635, com numeração suprimida, municiada com 07 (sete) munições íntegras de mesmo calibre, acompanhada de um carregador e coldre, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...).

Após ter sido preso em flagrante e conduzido à Delegacia de Polícia, o acusado, ao ser formalmente interrogado, relatou que estava em uma festa e, após discutir com sua esposa, foi interpelado por pessoas que estavam presentes e partiram em sua direção. Em razão disso, foi até sua casa, pegou a arma de fogo, mas foi impedido por sua esposa de retornar ao referido local e acabou abordado pelos policiais.

Por ocasião do oferecimento da denúncia, a Douta Promotora de Justiça deixou de oferecer a proposta de acordo de não persecução penal, sustentando que o acordo não seria necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, o que foi reiterado pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça, após insistência da Defesa na oferta do ANPP.

Pois bem.

A leitura da inicial revela, com a segurança necessária, que não houve subsunção do paciente a inequívoco constrangimento ilegal ou abuso de poder, de vez que a ratificação da recusa de oferecimento do ANPP pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça foi devidamente justificada.

Ora, o presente remédio constitucional é destinado às hipóteses em que haja risco de *"alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"* (cf. artigos 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal e 647 do Código de Processo Penal). Não é o caso.

Acesso ao Sumário

Com efeito, o *caput* do artigo 28-A, do Código de Processo Penal, estabelece que *"Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime* (...)*"*.

Constata-se, portanto, que a análise da presença dos requisitos para a propositura do referido acordo é prerrogativa institucional do *Parquet*, que, na hipótese, não vislumbrou que a aplicação do referido instituto seja suficiente para a reprovação e prevenção do crime, sendo o que basta para sua negativa.

Portanto, ainda que estivessem presentes os demais requisitos previstos no aludido dispositivo legal, conforme alegado na petição inicial, a ausência de um deles pela avaliação do detentor da titularidade da ação penal, é justificativa bastante para a negativa da propositura do acordo de não persecução penal, já que *"Não importa que o paciente possua somente registro de inquéritos arquivados e de uma ação penal em curso, porque o referido requisito (exigindo inexistência de conduta criminal habitual), na verdade, não está relacionado à hipótese de reincidência, e sim à avaliação da personalidade do agente, ao seu perfil subjetivo, 'no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais' (AgRg no AREsp 190.188/AC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 04/09/2018).*

Tal precedente do Superior Tribunal de Justiça, na verdade, é inerente a um processo em que se discutia a dosimetria da pena, mas o fundamento adotado (abordando a questão da personalidade do agente) serve também para o ANPP, com a diferença apenas de que a análise, nesse caso do artigo 28-A do Código de Processo Penal, é efetuada na fase pré-processual, em cognição sumária, somente para orientar o Ministério Público na sua decisão sobre a suficiência da solução negociada para reprovação e prevenção do crime.

Assim, não se há de cogitar de inaplicabilidade do requisito (§ 2º, inciso II), por ausência de definição sobre o que seria 'conduta criminal habitual', e muito menos de nulidade do ato impugnado, por suposta ofensa aos princípios da legalidade e da presunção de inocência, pois a rejeição do acordo, além de estar apoiada em decisão fundamentada, decorre de ato discricionário, e o reconhecimento de sua legalidade não implica em juízo condenatório. Na verdade, o Procurador-Geral de Justiça adotou medida que considerou mais adequada ao atendimento do interesse público, ou seja, optou pelo oferecimento da denúncia (confirmando a decisão do Promotor de Justiça), por considerar, diante dos elementos dos autos, a inadequação e insuficiência da solução negociada, daí a rejeição da alegação de constrangimento ilegal ou de ofensa ao princípio da razoabilidade. Aliás, a vulneração aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade somente pode ser invocada diante de algum despropó-

Acesso ao Sumário

sito gritante, de algo desarrazoado, bizarro, que inquestionavelmente vulnere valores de maior hierarquia na ordem jurídica, o que não é o caso.

É o posicionamento que deve prevalecer, mesmo diante dos argumentos contrários da impetrante, pois se o acordo implica na despenalização de conduta típica, e se o titular da ação penal é o Ministério Público, somente essa instituição, e não ao Poder Judiciário, pode decidir qual medida adotar, dentre as opções de solução negociada e oferecimento de denúncia" (*Habeas Corpus* nº 2075066-54.2020.8.26.0000, rel. Des. FERREIRA RODRIGUES, j. de 17.06.2020).

Ademais, oportuno destacar que, nas hipóteses como a presente, não é dado ao Poder Judiciário compelir o Ministério Público a apresentar oferta de solução negocial no processo penal, competindo-lhe, tão somente, obstar a prática de eventual ilegalidade ou abuso de poder.

A propósito do tema, cabe transcrever trecho da obra do professor Renato Brasileiro de Lima, *"Manual de Processo Penal"*, volume único, Editora JusPodivm, 8ª edição, 2020, pág. 276, mencionando que: *"a privatividade da ação penal pública pelo Ministério Público impede sua substituição pelo magistrado, mesmo que o investigado preencha os requisitos estabelecidos pelo art. 28-A do CPP. É dizer, a negativa de celebração do acordo não permite que o juiz das garantias o conceda substitutivamente à atuação ministerial, pena de afronta à estrutura acusatória do processo penal (CPP, art. 3º-A, caput). Destarte, como dispõe o próprio art. 28-A, § 14, do CPP, no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (...) Se não se trata de direito subjetivo do acusado, o ideal, então, é concluir que estamos diante de uma discricionariedade ou oportunidade regrada, porquanto somente é lícito ao Ministério Público celebrar a avença se acaso preenchidos todos os requisitos listados pelo art. 28-A, caput e parágrafos do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19"*.

Oportuno consignar, ainda, que o remédio heroico em questão não se presta ao controle de constitucionalidade, interpretação ou extensão de expressões de dispositivos legais.

Acesso ao Sumário

Sobre o instituto em questão, o Excelso Pretório já reiterou que não se trata de direito subjetivo do acusado, especialmente nas hipóteses em que o Ministério Público considere que a proposta do acordo não seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INVIABILIDADE.

1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade

do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição.

2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/2019, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público 'poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições'.

3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 199950, Relator: MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 18/6/2021; HC 191124 AgR, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 13/4/2021; HC 191.464-AgR/SC, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020; ARE 1294303 AgR-segundo-ED, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 26/4/2021; RHC 200311 AgR, Relator: DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 4/8/2021.

4. Agravo Regimental a que nega provimento.

(AgRg no RO em HC nº 232.980/GO, 1ª Turma, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. de 30.10.2023).

Considerando, portanto, que a ratificação da negativa de oferecimento do acordo de não persecução penal pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça está devidamente fundamentada, não se vislumbra a ocorrência de constrangimento ilegal ou abuso de poder que justifique a concessão da ordem pretendida na presente impetração.

Ampara essa conclusão a jurisprudência uníssona deste Egrégio Sodalício:

"HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECUSA FUNDAMENTADA DA OFERTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – O acordo de não persecução penal não é direito subjetivo do réu, mas sim prerrogativa do Ministério Público, de forma que cabe ao titular da ação criminal sua oferta, caso considere presentes as exigências legais. – Trata-se o benefício sub examine de um acordo, não sendo possível impor aos interessados sua celebração, cabendo ao judiciário somente verificar a presença dos requisitos legais correspondentes e, em caso positivo, homologar o ajuste. – As declarações prestadas pelo acusado, no interrogatório, não caracterizam uma confissão formal e circunstanciada, assim a exigida pela regra do art. 28-A do Código de processo penal, uma vez que ali não se admitiu a prática da conduta imputada, reforçado na defesa técnica na ação penal o não reconhecimento do fato. – Revestida de caráter discricionário a exigência da reprovabilidade e da prevenção do crime, e, motivada de

Acesso ao Sumário

forma suficiente a recusa do oferecimento do ajuste, não se vislumbra ilegalidade a permitir a interferência do judiciário. Denegação da ordem."

(Habeas Corpus Criminal nº 2150984-59.2023.8.26.0000; rel. Des. RICARDO DIP, j. de 16.8.2023);

"HABEAS CORPUS CRIMINAL – Impetração contra ato do Procurador-Geral de Justiça, que ratificou recusa de acordo de não-persecução penal pelo Promotor de Justiça oficiante no caso concreto – Ausência de cumprimento dos requisitos do art. 28-A, do Código de Processo Penal – Inexistente ato de constrangimento ilegal por parte da autoridade impetrada – Precedentes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça/SP – ORDEM DENEGADA".

(Habeas Corpus Criminal nº 2120385-40.2023.8.26.0000; rel. Des. ELCIO TRUJILLO, j. de 26.7.2023);

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. Inquérito policial em que se apura crimes de lesão corporal culposa e embriaguez ao volante. Proposta de acordo de não persecução penal, com condição especial de ressarcimento integral dos danos causados às vítimas. Impetrante requer exclusão da reparação do dano pela impossibilidade de pagamento. Não oferecimento de proposta de ANPP pelo Ministério Público. Prerrogativa exclusiva do órgão ministerial. Condição essencial que não pode ser dispensada nos crimes de trânsito com vítimas. Falta de comprovação da incapacidade de ressarcir o dano. Recusa devidamente motivada pelo Procurador Geral de Justiça. Ausência de constrangimento ilegal a ser sanado. Ordem denegada".

(Habeas Corpus Criminal nº 2135943-86.2022.8.26.0000; rel. Des. FÁBIO GOUVÊA, j. de 17.8.2022);

"HABEAS CORPUS IMPETRADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA EM FACE DE DECISÃO DO PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA QUE RECUSOU OFERTA DE ANPP (ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL) PREVISTO NO ARTIGO 28-A, DO CPP, AO PACIENTE, INDICIADO PELO DELITO DO ARTIGO 16, § 1º, IV, DA LEI 10.286/2003 MP QUE CONSIDEROU INVIÁVEL A PROPOSTA DE ACORDO EIS QUE O CRIME, ATENTATÓRIO À SEGURANÇA PÚBLICA, REVESTE-SE DE ESPECIAL GRAVIDADE EIS QUE FOMENTA O COMÉRCIO CLANDESTINO DE ARMAS DE FOGO E A PRÁTICA DE OUTROS DELITOS ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS – acordo, ADEMAIS, QUE não constitui direito subjetivo do denunciado, de modo a autorizar o reconhecimento de que sua recusa caracterize ofensa ou ameaça ao seu direito de ir e vir ORDEM DENEGADA."

(Habeas Corpus Criminal nº 2069464-48.2021.8.26.0000; rel. Des. FERRAZ DE ARRUDA, j. de 6.10.2021);

"HABEAS CORPUS – Recusa do Ministério Público de formular pro-

Acesso ao Sumário

posta de 'acordo de não persecução penal' (art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, que 'aperfeiçoa a legislação penal e processual penal') a réu incurso nas penas do art. 33, 'caput', da Lei 11.343/2006 – Autos remetidos à Procuradoria Geral de Justiça a pedido da Defensoria Pública, para revisão da recusa ministerial (art. 28-A, § 14 do CPP) – Manutenção do ato pelo Procurador Geral da Justiça – Insatisfação da Defesa – Impetração do Habeas Corpus objetivando seja concedida a ordem 'para determinar a oferta do acordo de não persecução penal ou, não sendo assim, a abertura de vista ao MPESP para se manifestar sobre o cabimento do acordo..., desconsiderando a argumentação inidônea anteriormente esposada' – Descabimento – Acordo de não persecução penal que não constitui direito subjetivo do réu, mas faculdade e prerrogativa institucional do Ministério Público, titular da ação penal, ao qual cabe sua análise e proposta, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, preenchidos os requisitos legais (arts. 28 e 28-A do CPP) – Jurisprudência da Corte Suprema e deste Tribunal – Paciente denunciado que não preenche os requisitos da norma de regência – Ausência de ilegalidade, abuso de poder (art. 5º, LXVIII, CF) ou constrangimento ilegal – Ordem denegada".

(Habeas Corpus Criminal nº 2149126-95.2020.8.26.0000; rel. Des. JOÃO CARLOS SALETTI, j. de 21.10.2020).

Como se vê, mais não é preciso dizer.

Isto posto, nos termos retro especificados, denega-se a ordem de *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 0030429-47.2023.8.26.0000, da Comarca de Monte Azul Paulista, em que são impetrantes ANDERSON DE PONTES BORGES e ANDREY FELIPE BRAS BLANCO DA SILVA e paciente MARDQUEU SILVIO FRANÇA FILHO, é impetrado SECRETÁRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ORDEM. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.953)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOU-

Acesso ao Sumário

REIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES e MARCIA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. Coação ilegal que decorreria da vigência do Decreto n.º 11.615/23, que, dentre outras, disciplinou as atividades de caça excepcional. Secretário de Segurança Pública. Autoridade superior que apenas recomenda a execução do ato impugnado. Ilegitimidade passiva. Ocorrência. Não bastasse, petição de *habeas corpus* que foi impetrada como sucedâneo para autorizar o porte de trânsito de arma de fogo e afastar a legislação em vigor, em especial sobre a caça excepcional de fauna exógena. Inadequação da via eleita. Doutrina. Precedentes deste C. Órgão Especial.
Ordem não conhecida.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 1/17) impetrado por ANDERSON DE PONTES BORGES E OUTRO em favor de MARDQUEU SILVIO FRANÇA FILHO, contra o SECRETÁRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, em razão de suposta coação ilegal que decorreria da vigência do Decreto n.º 11.615/23, que, dentre outras, disciplinou as atividades de caça excepcional.

Os Impetrantes sustentam, em síntese: **(i)** o paciente é "caçador de javalis"; **(ii)** a Lei Estadual n.º 17.295/20 autoriza o controle populacional de espécies nocivas aos seres humanos; **(iii)** mais, autoriza "a perseguição, o abate, a captura e a marcação de espécimes, seguidos de soltura para rastreamento; a captura seguida de eliminação; e a eliminação direta de espécimes"; **(iv)** todavia, o Decreto n.º 11.615/23 dispôs que a caça excepcional "somente será autorizada pelo Comando do Exército [e Ibama]"; **(v)** "o novo diploma ultrapassou sua competência, invadindo tema já disciplinado por lei estadual quanto ao controle da fauna invasora"; **(vi)** o paciente está na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, bem como de ter seus equipamentos apreendidos. Assim, requer o "salvo-conduto" e, ao final, a concessão da ordem para afastar os termos do Decreto n.º 11.615/23, em especial sobre a caça excepcional de fauna exógena.

Acesso ao Sumário

Foi indeferida a liminar (fls. 34/35).

Foram prestadas informações (fls. 42/49), sustentando: **(i)** a ilegitimidade passiva do SECRETÁRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, pois a ele "não compete (...) eventual lavratura de auto de prisão em flagrante"; **(ii)** inadequação da via eleita, pois o *writ* "não se presta à discussão sobre documentação exigida para a caça excepcional"; **(iii)** o porte de trânsito deve observar os termos do Decreto n.º 11.615/23; **(iv)** no mérito, inexiste ameaça de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção; **(v)** a ordem em *habeas corpus* deve ser denegada.

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem em *habeas corpus*.

É o relatório.

A hipótese é de *habeas corpus* impetrado para afastar os termos do Decreto n.º 11.615/23, em especial sobre a caça excepcional de fauna exógena.

Nos termos do art. 647 do CPP, dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir.

Com efeito, "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" (Hely Lopes Meirelles. *Mandado de segurança*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66).

Pois bem. O i. SECRETÁRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO é indicado como autoridade superior que apenas recomenda a execução do ato impugnado, sendo certo que "**eventual e suposta coação decorreria de ato de Delegado de Polícia, que seria a autoridade competente para lavrar eventual auto de prisão em flagrante**" (TJSP, Órgão Especial, HC 0030041-47.2023.8.26.0000, Rel. Des. Marcia Dalla Déa Barone, unânime, j. 13.09.23), a justificar sua ilegitimidade passiva.

Não bastasse, verifica-se que a petição de *habeas corpus* foi impetrada como sucedâneo para autorizar o porte de trânsito de arma de fogo e para afastar os termos do Decreto n.º 11.615/23, em especial sobre a caça excepcional de fauna exógena, o que também justifica o não conhecimento do *writ*, diante da inadequação da via eleita.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS PREVENTIVO – PORTE DE ARMAS DE FOGO – CAC'S – Impetrante que busca obter salvo conduto para portar armas de fogo, com a dispensa de vistoria e fiscalização por agentes de segurança – **Impetração contra o Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo – Ilegitimidade passiva constatada – Ausência de ato ilegal e concreto praticado pela autoridade – Pretensão genérica que sequer descreve ação ou omissão da autoridade impetrada – Ademais, inadequação da via eleita, manejada com vistas**

à obtenção de autorização ao porte de armas – Precedentes deste Órgão Especial (...)"

(TJSP, Órgão Especial, HC 0029784-22.2023.8.26.0000, Rel. Des. Luis Fernando Nishi, unânime, j. 04.10.23)

"*HABEAS CORPUS*. Impetração contra possível ato do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, que poderia coibir, mediante inquérito, quiçá prisão e subsequente ação penal, eventual infração ao art. 12 da Lei 10.826/2003, norma aquela que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, bem como a respeito do Sistema Nacional de Armas (Sinarm). **ILEGITIMIDADE PASSIVA. Autoridade coatora deve ser aquela que ordena ou que omite prática que possa interferir no direito de ir e vir do paciente. Situação em que o cumprimento da nova diretriz sobre o disposto na Lei 10.826/2003 está na alçada de Delegado de Polícia Civil e não do superior hierárquico das polícias, civil e militar, do Estado de São Paulo.** Precedentes deste Órgão Especial. (...)"

(TJSP, Órgão Especial, HC 2225316-94.2023.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene, unânime, j. 13.09.23)

"*HABEAS CORPUS* – Impetração contra possível ato do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo que possa coibir, mediante prisão, o porte de armas de fogo durante o trajeto residência-clube de tiro do paciente, categorizado como 'CAC' – **ILEGITIMIDADE PASSIVA – Autoridade coatora deve ser aquela que ordena ou omite prática que possa interferir no direito de ir e vir do paciente – Situação em que o cumprimento da nova diretriz sobre o porte de arma de fogo por colecionador, atirador desportivo ou caçador será da alçada de Delegado de Polícia Civil, e não do superior hierárquico das polícias, civil e militar, do Estado de São Paulo** – Precedentes deste Órgão Especial (...)"

(TJSP, Órgão Especial, HC 2003266-58.2023.8.26.0000, Rel. Des. Jacob Valente, unânime, j. 01.02.23, destacou-se).

Também, HC 0004774-73.2023.8.26.0000, Rel. Des. Jarbas Gomes, unânime, j. 21.06.23, HC 2004181-10.2023.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, unânime, j. 26.04.23, HC 0016184-65.2022.8.26.0000, Rel. Des. Aroldo Viotti, unânime, j. 31.08.22, HC 0054346-08.2017.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, unânime, j. 09.05.18, HC 0083888-76.2014.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, unânime, j. 17.06.15, e HC 0229377-23.2009.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, unânime, j. 15.06.11.

Ordem não conhecida.

Diante do exposto, não se conhece da ordem em *habeas corpus*.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2124524-35.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante A.L.F., é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. ELISON RIZZIOLLI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.983)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, 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 e VICO MAÑAS.

São Paulo, 6 de dezembro de 2023.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Mandado de segurança preventivo – Governador do Estado de São Paulo – Expediente administrativo para a decretação de perda do cargo – Ausência de notícia quanto ao trânsito em julgado de condenação proferida em processo-crime – Reconhecimento da circunstância pela autoridade impetrada – Ausência de resistência à pretensão do impetrante que denota a falta de necessidade da atuação jurisdicional no caso concreto – Perda do objeto da impetração, por carência superveniente do interesse de agir – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de **MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO**, com pedido de liminar, impetrado por **A.L.F.** contra ato do Sr. **GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

Em síntese, aduziu o impetrante que há instaurado contra si o expediente

administrativo DGP 2263/2022 que visa dar cumprimento à decisão judicial na condenação criminal para aplicação da pena acessória contida no art. 92, I, "a", do Código Penal, advinda do processo crime nº 0009854-11.2016.8.26.0114, da 6ª Vara Criminal de Campinas/SP, pelo cometimento do delito de extorsão, conjuntamente com outros réus, também policiais civis.

Disse que há encartado nos autos, em fls. 40, uma certidão de trânsito em julgado, onde não consta o nome do impetrante, até porque o impetrante interpôs Recurso Especial e Extraordinário em face do v. acórdão que confirmou as condenações de forma integral.

Defendeu que a decisão aqui combatida, encartada a fls. 64 do expediente administrativo, é da lavra do Excelentíssimo Senhor Secretário de Segurança Pública, que deu valia e encaminhou à aplicação da reprimenda ao Chefe do Poder Executivo, autoridade competente para sua aplicação.

Pugnou pela concessão de liminar para suspender imediatamente a decisão da perda do cargo e função pública do impetrante, e determinar a interrupção da marcha, trancando-se o processo administrativo DGP 2263/2022, em desfavor do impetrante (fls. 01/07).

Foi deferida a liminar requerida, para a suspensão da decretação de perda de cargo do impetrante até o julgamento do *mandamus* (fls. 114/116).

O Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo prestou informações (fls. 145/147), aduzindo que não foi declarada a perda do cargo nos autos do expediente administrativo DGP nº 2263/2022 em razão de não haver notícia do trânsito em julgado da condenação no processo-crime 0009854-11.2016.8.26.0114, especificamente em relação ao impetrante; destacou, porém, que o interessado foi condenado, por decisão transitada em julgado, em outro processo-crime (Processo nº 0011415-70.2016.8.26.0114), no qual foi determinada judicialmente a perda do cargo, o que foi devidamente cumprido no expediente administrativo DGP nº 1333/2022, em 10.05.2023.

A D. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem, com a extinção do processo sem julgamento de mérito, em razão da perda superveniente do interesse de agir (fls. 156/159).

É o relatório.

A presente ação mandamental foi impetrada preventivamente, a fim de se evitar a decretação da perda do cargo do impetrante haja vista a ausência de trânsito em julgado da condenação proferida contra o interessado no processo-crime nº 0009854-11.2016.8.26.0114.

Inobstante a relevância dos argumentos tecidos na exordial, certo é que o Exmo. Sr. Governador do Estado esclareceu que não foi declarada a perda do cargo do impetrante nos autos expediente administrativo DGP nº 2263/2022 justamente em razão de não haver notícia do trânsito em julgado da condenação no processo-crime 0009854-11.2016.8.26.0114, especificamente em relação ao

Acesso ao Sumário

impetrante, implicando, *in casu*, a perda superveniente do interesse de agir, conforme manifestação da D. Procuradoria-Geral de Justiça.

Como, aliás, bem pontuado no aludido parecer ministerial:

Conforme esclareceu a autoridade coatora, tão somente com a certificação da coisa julgada do Processo nº 0009854-11.2016.8.26.0114, especificamente em relação ao impetrante, seria possível dar cumprimento à determinação baseada no art. 92, inc. l, alínea a*, do Código Penal.*

De qualquer modo, o impetrante perdeu o cargo por força de outra decisão judicial, proferida no Processo nº 0011415-70.2016.8.26.0114, e executada no DGP nº 1333/2022 em 10 de maio de 2023.

Como é sabido, a postulação em juízo exige, além de legitimidade, interesse (art. 17 do Código de Processo Civil).

O interesse processual se caracteriza pela necessidade de se buscar a tutela jurisdicional para ver atendida a pretensão. Ou, nas palavras de Fredie Didier Jr.:

"O exame da 'necessidade da jurisdição' fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito." (Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 22ª ed., JusPODlVM, p. 461).

A ausência de resistência à pretensão do impetrante denota a falta de necessidade da jurisdição.

Portanto, ocorreu a perda de interesse superveniente, que acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito, com a consequente denegação da ordem.

Nesse passo, impõe-se a extinção do presente feito, sem resolução de mérito, nos exatos termos do art. 485, VI do CPC, diante da perda superveniente do interesse de agir.

Ante o exposto, DENEGA-SE a ordem, com fundamento no artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, c/c o artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2266393-83.2023.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é impetrante GILBERTO RODRIGUES DE OLIVEIRA, é impetrado CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERNANDO TORRES GARCIA.", de conformidade

com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.623)**

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, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, GUILHERME G. STRENGER, 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 e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 6 de dezembro de 2023.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA – RECURSO INOMINADO – DECISÃO DENEGATÓRIA – PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (art. 5º, LXIX, CF).

2. Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, incontestável, pré-constituído, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.

3. Sentenciado que pleiteou a transferência para estabelecimento prisional mais próximo ao domicílio de seus familiares. Pedido negado ao fundamento de não cumprimento de ao menos um sexto da pena, requisito objetivo (Ofício Circular SAP/GS nº 15/2000). Regulamento que não contraria a legislação, mas explicita-a, disciplinando a forma e os requisitos necessários à transferência do preso.

4. O direito de transferência do apenado a estabelecimento prisional próximo à familiares não é absoluto e pode ser indeferido com base na inexistência de vagas em estabelecimentos prisionais adequados ao regime

Acesso ao Sumário

de cumprimento de pena na localidade desejada. Precedentes. Ordem denegada. Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder e de ofensa a direito individual líquido e certo. Segurança denegada.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Gilberto Rodrigues de Oliveira contra ato do Exmo. Senhor Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, que desproveu recurso inominado interposto contra decisão que indeferira pedido de transferência de estabelecimento prisional por aproximação familiar.

Relata o impetrante que o juiz corregedor do presídio em que cumpre a pena, em Iaras, indeferiu pedido de transferência para a unidade prisional de Sorocaba, mais próxima de seus familiares, em razão do não preenchimento dos requisitos elencados no Ofício Circular nº 15/2000. Informa que o recurso inominado interposto contra essa decisão foi desprovido pela autoridade impetrada.

Alega, em síntese, que o ato coator tem natureza judicial, razão pela qual é cabível o *writ*. Assevera estar presente o direito líquido e certo à referida transferência, pois o ofício circular não pode contrariar a legislação que lhe garante aludido direito. Invoca os artigos 1º, 3º, 41, X, e 103 da Lei de Execução Penal, os art. 1º, III, 3º, III, 5º, III e XLVI, XLVII, *e*, e XLIX, da Constituição Federal, e a Resolução CNJ nº 404/21.

Ausente pedido de liminar, sobrevieram informações da autoridade impetrada (fls. 66/67), seguidas de parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça manifestando-se pela denegação da ordem (fls. 74/80).

É o relatório.

O caso é de denegação da segurança.

Segundo estabelece a Carta Magna, "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (art. 5º, LXIX, CF).

"Direito líquido e certo", ensina HELY LOPES MEIRELLES, "é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso na norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais" (Mandado de Segurança, RT, 30ª ed., pág. 38).

E continua o renomado autor: "Quando a lei alude a *direito líquido e certo*,

Acesso ao Sumário

está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, *direito líquido e certo é direito comprovado de plano*. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança" (ob. cit.).

No caso vertente, não se vislumbra ilegalidade ou abuso de poder na decisão que, negando provimento a recurso inominado, manteve o indeferimento do pedido de transferência do impetrante para estabelecimento prisional mais próximo ao domicílio de seus familiares.

Deveras, não é ilegal, ao contrário do que alega o impetrante, o Ofício Circular SAP/GS nº 15, de 8 de junho de 2000, confirmado pelo art. 3º da Resolução SAP nº 52, de 30 de maio de 2003, e que assim dispõe:

Ofício Circular SAP/GS nº 15/2000

Para a remoção do preso para a unidade prisional localizada na mesma região de residência ou domicílio familiar.

1) A remoção para unidade prisional do mesmo regime, quando conveniente por estar localizada na mesma região de residência ou domicílio da família, poderá ser solicitada pelo próprio preso, familiares ou seus procuradores.

2) A remoção será determinada pelo Titular da Pasta ou quem este designar e deferida somente se o preso houver cumprido 1/6 (um sexto) da pena e esteja 12 (doze) meses incluído em qualquer unidade prisional desta Secretaria e desde que não haja cometido nenhuma falta disciplinar de natureza grave.

[...]

4) Os pedidos sem quaisquer dos requisitos exigidos no nº 2, alíneas do nº 3, serão indeferidos e arquivados liminarmente, competindo ao Diretor dar ciência da decisão ao preso mediante sua assinatura na cópia do despacho.

[...]

8) A inobservância das disposições desta acarretará ao infrator as penalidades previstas na Lei 10.261/68.

O direito à proximidade familiar deve ser exercido conforme a conveniência e a oportunidade da Administração, que empenha esforços para gerir da melhor forma o complexo sistema prisional, inclusive regulamentando os meios para implementação dos direitos garantidos pela LEP a fim de atender às premissas da possibilidade técnica e da isonomia entre os detentos.

É nessa esteira que foram editadas as normas regulamentares que impõem requisitos para o exercício do direito à proximidade familiar, que não violam a legislação vigente porque viabilizam o cumprimento das prerrogativas nessa previstas.

Assim como a lei prevê que a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, com a transferência do preso para regime menos rigoroso (art. 112 LEP), inexiste ilegalidade ou abuso de poder no Ofício Circular SAP/

Acesso ao Sumário

GS nº 15/2000, que se vale do mesmo critério – tempo de cumprimento de pena – para orientar os pedidos de transferências de presos no Sistema Penitenciário, dada a dimensão e a complexidade da questão carcerária.

No caso dos autos, o impetrante iniciou o cumprimento da pena em 16/03/2019 e apenas completará a fração de 1/6 do total da pena em 08/06/2028 (fls. 54). Por essa razão, não preencheu o primeiro dos requisitos impostos no item 4 da referida circular, de modo que não possui direito líquido e certo à transferência por proximidade familiar.

A matéria não é nova neste E. Tribunal, que tem se manifestado pela inexistência do direito à transferência pretendida quando não cumpridos os requisitos impostos pelo regulamento, conforme se colhe das seguintes ementas de v. arestos:

> "Agravo em Execução. Pretensão de transferência de unidade prisional. Aproximação familiar. Oportunidade e conveniência da Administração Penitenciária. Determinação à SAP para viabilidade da transferência pleiteada. Agravo improvido, com recomendação" (Agravo de Execução Penal 0008219-48.2023.8.26.0502, Rel. Des. Damião Cogan, j. 11/09/2023).
>
> "Agravo em execução penal. Pedido de transferência de unidade prisional para fins de aproximação familiar. Medida de cunho administrativo. Não preenchimento do requisito previsto no item 2 do Ofício Circular SAP/GS 15/2000. Ausência de ilegalidade. Indeferimento mantido. Agravo não provido" (Agravo de Execução Penal 0003878-49.2023.8.26.0996, Rel. Des. Diniz Fernando, j. 31/08/2023).
>
> "Agravo em Habeas Corpus. Decisão monocrática que não conheceu da impetração em razão do decidido no Agravo em Execução n. 0013660-44.2022.8.26.0502. Pretensão de transferência de unidade prisional. Aproximação familiar. Oportunidade e conveniência da Administração Penitenciária. Indeferimento devidamente fundamentado. Ausência de requisitos permissivos. Agravo improvido" (Agravo Interno Criminal 2132169-14.2023.8.26.0000, Rel. Des. Damião Cogan, j. 26/06/2023).

Por essas razões, denega-se a segurança. Custas na forma da lei, indevida a verba honorária (súmulas 512 do STF e 105 do STJ).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2125466-67.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante (...), 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: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDI-

DO 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 47.699)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente), 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, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 6 de dezembro de 2023.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA
Impetração por Escrevente Técnico Judiciário contra ato do Exmo. Sr. Desembargador Presidente da Eg. Corte de Justiça ao acolher laudo pericial e conceder-lhe aposentadoria por incapacidade permanente.
Inadequação da via eleita. Servidora em licença-saúde por mais de 180 dias no período de 2 anos. Perícia Médica Oficial concluindo pela incapacidade permanente para o trabalho, insuscetível de readaptação por apresentar 'transtorno depressivo recorrente'. Pareceres médicos atestando a ausência de incapacidade para o trabalho, unilateralmente produzidos após a conclusão da perícia, insuficientes a desconstituir a perícia oficial. Situação controvertida a demandar dilação probatória não admitida na via eleita. Processo extinto.
Ordem denegada.

VOTO

1. Trata-se de **mandado de segurança** impetrado por servidora estadual contra ato do Exmo. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao acolher laudo pericial e conceder-lhe aposentadoria por incapacidade permanente.

Sustentou, em resumo, encontrar-se apta para o desempenho de suas funções. Licenças gozadas anteriormente proporcionaram-lhe condições de reabilitação. Possui relatórios médicos atuais concluindo pela sua aptidão para retorno

ao trabalho, os quais por um lapso deixou de apresentar aos peritos oficiais. Solucionados os entraves familiares com a contratação de cuidadora. Conclusão pela sua inaptidão baseou-se apenas em atendimento de menos de 1 hora e sequer houve solicitação de exames complementares. Inocorreu qualquer afastamento durante sua trajetória profissional. Laudos médicos comprovam tratar-se de ansiedade generalizada e episódios de depressão leve sem que isso a incapacite ao trabalho. Necessária realização de nova perícia. Daí a liminar e concessão da ordem (fls. 01/16).

Do indeferimento da liminar (fls. 221/222), agravou a impetrante (fls. 270/277), sem sucesso (fls. 291/294). Vieram informações (fls. 238/250), com documentos (fls. 251/268). Manifestou-se a Douta Procuradoria (fls. 304/307).

É o relatório.

2. Denego a segurança.

Trata-se de ***mandamus*** impetrado por servidora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo contra ato do Exmo. Sr. Desembargador Presidente ao acolher laudo pericial e conceder-lhe aposentadoria por incapacidade permanente.

Segundo consta, impetrante lotada no cargo de Escrevente Técnico Judiciário desde 29.03.90 na 1ª Região Administrativa Judiciária da Grande São Paulo, vinha gozando períodos sucessivos de licença-saúde em razão de episódios depressivos e ansiedade:

– 60 dias, de 18.03.22 a 16.05.22: episódios depressivos (fl. 105);

– 60 dias, de 17.05.22 a 15.07.22: episódio depressivo moderado (fl. 125);

– 60 dias, de 16.07.22 a 13.09.22 (fl. 143): episódios depressivos;

– 88 dias, de 14.09.22 a 10.12.22 (fl. 160): ansiedade generalizada.

No dia 12.12.22 protocolou novo requerimento de afastamento de licença-saúde pelo prazo de 27 dias, a partir de 11.12.22, em razão de ansiedade generalizada e transtornos fóbico-ansiosos (fls. 168/170). Na sequência apresentou novo pedido de licença-saúde, por mais 180 dias por apresentar episódio depressivo moderado (fls. 176/177).

Verificou-se assim, que a servidora contava com mais de 180 dias de afastamento no período de 02 (dois) anos, atraindo a incidência da orientação interna da **Eg. Corte** no sentido de que servidores nessa condição (com mais de 180 dias de licença-saúde no período de 2 anos) devem ser submetidos a avaliação da capacidade laborativa com possibilidade de aposentação por incapacidade permanente.

Acesso ao Sumário

E assim, submetida a avaliação por Junta Médica composta por 3 Médicos Peritos, concluiu-se pela incapacidade laborativa da impetrante, por apresentar 'transtorno depressivo recorrente', nos seguintes termos:

"I – Histórico"

"A servidora informa que é escrevente técnico judiciário desde março de 1990, estando atualmente lotada no Departamento Pessoal dos

Magistrados. Está afastada de suas funções desde 18/03/2022, referindo que tem passado por muitos problemas pessoais. Diz que seu pai vinha muito abalado após ter atropelado e matado uma criança de 11 anos e que ele sofreu traumatismo crânio-encefálico em novembro de 2021, estando com sequelas graves, apresentando surdez. A mãe é hipertensa e diabética grave, com dificuldade de locomoção, dependendo de sua ajuda. ***A servidora diz que se sente muito ansiosa em lugares fechados ou com grande concentração de pessoas. Alega também que está com muita dificuldade de concentração e com problemas de memória, tendo cometido várias infrações no trânsito por desatenção. Sente-se muito desanimada e irritada, estando sobrecarregada nos cuidados aos pais. Tem muito sentimento de culpa por perder a paciência e se irritar com os genitores.*** *Refere que o pai passará por julgamento em razão do atropelamento, o que lhe traz muita preocupação. Tem somente um irmão, que é obeso mórbido e não consegue ajudá-la.* ***Possui o sentimento de que está enterrada viva e que sua vida parou.*** *É solteira e não tem filhos.* ***Traz atestado médico emitido em 09/01/2023 por Dra. (...), CRM-SP (...), em que consta o diagnóstico F32.1.*** *Está em uso de sertralina 150 mg, pregabalina 300 mg, clonazepam 1,5 mg e carbonato de lítio 600 mg."*

"II – Exames Físico Geral e Especial"

"Pericianda em bom estado geral, corada, hidratada e eupneica. Não apresenta alterações de exame físico de relevância para a perícia em psiquiatria."

"Encontra-se vigil, atenta, orientada, um pouco inquieta e sem alterações evidentes de memória. O pensamento não apresenta alterações de forma ou de conteúdo e a linguagem e inteligência são as esperadas para seu nível educacional. Não foram constatadas alterações de senso percepção ou do juízo de realidade. O humor é polarizado para depressão, apresentando-se chorosa durante a maior da entrevista. A volição está diminuída, havendo prejuízo leve do pragmatismo."

*"****Diante dessa descrição, pode-se dizer que se trata de um exame psíquico compatível com quadro depressivo.****"*

(...)

"IV – Discussão"

"A depressão é uma doença caracterizada pela presença de sintomas como tristeza, desânimo, falta de apetite, insônia, lentificação psicomotora e prevalência de ideias envolvendo conteúdos negativos, como culpa e morte. Como consequência, pode existir prejuízo global do funcionamento do indivíduo, com incapacidade para exercer atividades que exijam atenção ou habilidades cognitivas superiores."

Acesso ao Sumário

*"**No caso da pericianda, observa-se que ela apresenta sintomas depressivos que trazem prejuízo ao exercício de suas atividades, de modo que sua capacidade laborativa está prejudicada. Em razão do caráter crônico e refratário de sua depressão, o prognóstico laboral é desfavorável, havendo indicação médica para aposentadoria por incapacidade permanente.**"*

(...)

*"**V – Conclusão**"*

*"– **Favorável à aposentadoria por incapacidade permanente – insuscetível de readaptação funcional no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**."* (grifei e destaquei além dos grifos e destaques no original – fls. 196/198).

Diante do parecer técnico, o Exmo. Sr. Desembargador Presidente acolheu o laudo pericial e concedeu à impetrante a aposentadoria por incapacidade permanente (fl. 204).

Daí a presente impetração.

Argumenta a impetrante com a sua recuperação e aptidão para o retorno ao trabalho. Avaliação pericial realizada mediante atendimento pessoal feita em menos de uma hora não é suficiente a atestar eventual inaptidão. Sequer solicitado exames complementares.

Contudo, sem razão.

Trabalho pericial analisou o histórico de saúde da impetrante que, repita-se, estava há mais de 180 dias afastada por problemas de saúde somado com suas declarações no momento da perícia. Além disso, embora alegue na exordial ter se esquecido de levar os relatórios médicos atestando sua capacidade de retorno ao trabalho (fl. 05), apresentou ao Médico Perito, atestado emitido pela médica (...), CRM nº (...), constando diagnóstico F32.1 episódio depressivo moderado.

Pareceres médicos atestando a ausência de incapacidade para o trabalho (fls. 19/33) unilateralmente produzidos (em 07.05.23, 03.05.23 e 27.04.23) **após** a conclusão da perícia oficial (de 11.04.23 – fls. 194/199), **não** se presta a desconstituir a conclusão da Junta Médica, máxime quando, a pretensão inicial da impetrante era prorrogar por considerável período seu afastamento, com fulcro em laudo médico atestando sua incapacidade para o trabalho (fls. 170 e 177).

Ora, **não** há como vislumbrar, de plano, direito líquido e certo.

Diante desse cenário, **não** há como concluir pela aptidão da impetrante para o trabalho. Situação no mínimo controvertida, insuscetível de ser elucidada na via eleita, quando inadmissível **dilação probatória** (**STF** – MS nº 22.136-4 – 1ª T. – Rel. Min. **SYDNEY SANCHES** – DJU 17.05.96 e MS nº 21.919 – PE – TP - Rel. Min. **CELSO DE MELLO** – DJU 06.06.97; **STJ** – R-MS nº 5.469-1 – DF – 1ª T – Rel. Min. **CÉSAR ASFOR ROCHA** – j. 03.04.95 – DJU 29.05.95 – v.u.; MS nº 4.406 – DF – Rel. Min. **PEÇANHA MARTINS** – j.

Acesso ao Sumário

14.08.96 – DJU 18.02.97; ROMS nº 10.421 – BA – 5ª T. – Rel. Min. **FÉLIX FISCHER** – DJU 16.11.99 – v.u.; e REsp. nº 89.988 – MG – 2ª T – Rel. Min. **ARI PARGENDLER** – DJU 24.08.1998), inviabilizando a impetração.

Não apresentou a impetrante, como lhe **competia** (art. 373, I do CPC), **com a inicial** ("*... só admite prova de natureza documental (limitação quanto aos meios) e apresentada na inicial pelo autor e na defesa pelo réu (limitação quanto ao tempo)*." (**CELSO AGRÍCOLA BARBI** – "Do Mandado de Segurança" – Forense –1977 – p. 235/236 – nºs 206 e 207), de **forma inequívoca**, o **alegado direito** ("*... para que se configure direito líquido e certo, exige-se a certeza material dos fatos arguidos, fornecida pelos documentos com que o impetrante deve instruir a sua petição inicial.*" (**MILTON FLAKS** – "Mandado de Segurança – Pressupostos de Impetração" – Forense –1980 – p. 122 – nº 138).

Inarredável a inadequação da via eleita, como bem ponderou a Douta Procuradoria:

> *"O ato vergastado foi devidamente fundamentado no laudo médico que atestou que a impetrante 'apresenta sintomas depressivos que trazem prejuízo ao exercício de suas atividades, de modo que sua capacidade laborativa está prejudicada. Em razão do caráter crônico e refratário de sua depressão, o prognóstico laboral é desfavorável, havendo indicação médica para aposentadoria por 'incapacidade permanente'. 'Capacidade Laborativa Prejudicada' 'Favorável à aposentadoria por incapacidade permanente insuscetível de readaptação funcional no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo' (fl. 243)."*
>
> *"As mazelas sofridas pela impetrante, infelizmente, são óbices para o regular exercício das funções de escrevente judiciário, as quais demandam, muitas das vezes, a permanência em cartórios fechados dentro dos fóruns, com intenso trabalho de atendimento ao público."*
>
> *"O ato de aposentação está calcado na hipótese legal trazida nos arts. 222, I e 223 da Lei Estadual nº 10.261/68, e no art. 126, § 1º, item 1, da Constituição do Estado de São Paulo (com redação alterada pelo art. 1º da Emenda nº 49/20) e no art. 2º, I, da Lei Complementar Estadual nº 1.354/20."*
>
> *"Por fim, a alegação da impetrante de aptidão para a readaptação funcional e contrariedade da perícia médica oficial ensejariam dilação probatória, o que não é admitido na estreita via mandado de segurança."* (fls. 306/307).

Impõe-se, em face da **manifesta falta de condição da ação** – na modalidade necessidade/adequação – **extinguir** o processo, sem julgamento de mérito (**art. 485, I, IV e VI do CPC**), com a consequente **denegação** da ordem (**art. 6º, § 5º da Lei nº 12.016/09**).

Acesso ao Sumário

Custas na forma da lei. Descabidos honorários (**art. 25**, da **Lei nº 12.016**, de 07.08.09, **Súmula** nº **502** do **STF** e **Súmula** nº **105** do **STJ**).

3. Denego a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2328506-73.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante PASCOALINO ANTONIO NARDI, é impetrado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM A INICIAL E JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DENEGANDO-SE A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 36.544)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRAÇÃO EM FACE DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – Declaração do prefeito veiculada em rede social prometendo a regularização fundiária em área situada no bairro Vila Bela, Zona Leste na cidade de São Paulo – Alegação do impetrado de que é o proprietária da área – Falta de interesse de agir – Procedimento da regularização fundiária que contempla medidas tais como a desapropriação e intimação dos titulares de direitos reais das áreas envolvidas – Inexistência de violação a direito líquido e certo do impetrante – Petição inicial do *mandamus* que não atende disposto no artigo 6º da Lei 12.016/09

Acesso ao Sumário

– Petição inicial indeferida – ORDEM DENEGADA.

VOTO

Vistos.

Mandado de Segurança que impetra **PASCOALINO ANTONIO NARDI** contra ato perpetrado pelo **EXMO. SR. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, em razão de declaração proferida na rede social "Instagram", prometendo a regularização fundiária de área situada no Bairro Vila Bela, Zona Leste do município de São Paulo.

Sustenta, em síntese, que o impetrado, por meio de publicação realizada no Instagram na data de 31 de outubro p.p., prometeu aos munícipes moradores do Bairro Vila Bela, situado na Zone Leste, na cidade de São Paulo, a regularização de imóveis localizados na região, sem observar que a área está dentro do perímetro de sua propriedade. Afirma que, caso ocorra esta regularização, o Poder Público deve observar "o devido processo legal e a justa indenização" (fls. 2). Aduz que o contrato de compra e venda e a Carta de Adjudicação deferida nos autos do processo n.º 1008178-70.2018.8.26.0007 comprovam que a área pertence ao impetrante e demonstram que a regularização prometida sem a necessária desapropriação, incorre em violação à direito e certo, especificamente, o direito de propriedade, insculpido no art. artigo 5º, incisos XXII e XXIV.

Pugna pelo deferimento de liminar e, ao final, pela concessão da ordem, para que seja assegurado ao Impetrante que a área não seja regularizada sem o devido processo legal.

É o relatório, passo ao voto.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato praticado pelo **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**.

O impetrante alega que as promessas feitas pelo impetrado envolvem área de sua propriedade, razão pela qual pretende a concessão da segurança para que a regularização prometida seja feita mediante o devido processo legal.

O caso é de indeferimento da inicial por falta de interesse de agir do impetrante.

Com efeito, extrai-se da legenda da postagem publicada pelo impetrado em 31.10 p.p., na página do Instagram, na conta @prefeitoricardonunes, que:

> ***"Impossível não me emocionar junto das pessoas que vão realizar um sonho tão esperado, um sonho de mais de 30 anos. É a esperança substituindo o medo com a escritura em mãos e a cabeça em paz com a regularização do imóvel diante da lei.***
>
> ***Vamos realizar a ação de maior regularização fundiária do país com 60 mil moradores beneficiados. Confesso a vocês que são momentos como esse, da Vila Bela, que me dão força para seguir e continuar trabalhando diariamente por uma cidade melhor, digna e menos desi-***

Acesso ao Sumário

gual."[1]

Veja-se que, em sua declaração, o impetrado está justamente afirmando que, na área, será realizada a regularização, que, nada mais é que um conjunto de *"medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes."* (art. 9º da Lei Federal nº 11.465/2017, que dispõe sobre o tema).

A propósito, extrai-se do art. 15 da aludida Lei:

Art. 15. Poderão ser empregados, no âmbito da Reurb, sem prejuízo de outros que se apresentem adequados, os seguintes institutos jurídicos:

(...)

III – a desapropriação em favor dos possuidores, nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);

Sobre o procedimento a ser adotado, dispõe o art. 28 da mesma Lei:

Art. 28. A Reurb obedecerá às seguintes fases:

I – requerimento dos legitimados;

II – processamento administrativo do requerimento, no qual será conferido prazo para manifestação dos titulares de direitos reais sobre o imóvel e dos confrontantes;

III – elaboração do projeto de regularização fundiária;

IV – saneamento do processo administrativo;

V – decisão da autoridade competente, mediante ato formal, ao qual se dará publicidade;

VI – expedição da CRF pelo Município; e

VII – registro da CRF e do projeto de regularização fundiária aprovado perante o oficial do cartório de registro de imóveis em que se situe a unidade imobiliária com destinação urbana regularizada.

Parágrafo único. Não impedirá a Reurb, na forma estabelecida nesta Lei, a inexistência de lei municipal específica que trate de medidas ou posturas de interesse local aplicáveis a projetos de regularização fundiária urbana.

Assim, se a área em questão ainda será objeto de regularização fundiária, não se vislumbra da declaração proferida pelo impetrado qualquer violação a direito líquido e certo do demandante, ao contrário, observa-se a plena observância do princípio do devido processo legal e respeito ao direito de propriedade.

Portanto, uma vez que a petição inicial do *mandamus* deve preencher os requisitos dos artigos 320 e 321 do CPC, além de atender ao disposto no artigo 6º da Lei 12.016/09, não verificadas tais circunstâncias, incide o disposto no §

Acesso ao Sumário

1 https://www.instagram.com/reel/CzEQFiCLccy/?igshid=MTc4MmM1YmI2Ng==

5º e no *caput* do artigo 10 do referido ordenamento:

Nos termos do art. 6º, *caput*, da Lei 12.016/2009:

"Art. 6º. A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições."

"§ 5º. Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil".

"Artigo 10 – A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração".

De rigor, portanto, o indeferimento da inicial e a denegação da segurança, com a extinção do processo, sem julgamento de mérito (artigos 330, III e 485, I e VI, do CPC).

Ante o exposto, pelo meu voto, **INDEFIRO A INICIAL e JULGO EXTINTO O *MANDAMUS*, DENEGANDO A ORDEM.**

Custas na forma da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2252885-70.2023.8.26.0000, da Comarca de (...), em que é impetrante (...), 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: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERNANDO TORRES GARCIA E FRANCISCO LOUREIRO. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. BERETTA DA SILVEIRA.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.652)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI e

Acesso ao Sumário

JARBAS GOMES.

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Mandado de segurança – Impetração por oficiala de justiça contra ato do Presidente do E. Tribunal de Justiça de São Paulo que declarou a cassação de aposentadoria concedida ao impetrante em razão de condenação criminal – Alegação de prescrição da pretensão punitiva administrativa – Inocorrência – Inteligência do artigo 261, inciso III do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo – Prescrição é contada tomando como base a pena em abstrato cominada ao delito – Validade do ato – Cassação de aposentadoria é compatível com o sistema contributivo – Observância do princípio da isonomia e moralidade administrativa – Ordem denegada.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado em face de ato administrativo consistente na decisão proferida pelo D.D. Presidente do E. Tribunal de Justiça de São Paulo Ricardo Anafe, no bojo do processo administrativo n. (...), que determinou a cassação de sua aposentadoria em razão de condenação criminal definitiva que sofreu nos autos da ação penal n. (...).

Argumenta que a pretensão punitiva administrativa em face da impetrante está fulminada pela prescrição, sendo a aplicação da pena de cassação de aposentadoria ilegal, estando presente o seu direito líquido e certo que dá fundamento à impetração do presente *mandamus*. Narra que a pena concreta aplicada nos autos criminais que reconheceu a prática do crime do artigo 317 do Código Penal entre os anos de 2006 e 2008 transitou em julgado em 11.12.2020. Aduz que em 14.12.2021 sobreveio a Portaria inaugural do processo administrativo visando a pena de cassação da aposentadoria da impetrante, pelos mesmos fatos tratados no âmbito do processo criminal que remontam os anos de 2006 e 2008, tendo transcorrido o interregno de 13 anos completos. Salienta que lhe foi aplicada a pena em concreto de 03 (três) anos, 08 (oito) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, sendo certo que, nos moldes do artigo 109, inciso IV do Código Penal, a pena prescreve em 8 (oito) anos. Argumenta que o entendimento exarado pela D. Presidência deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo no sentido de que a prescrição haveria de ser reconhecida levando-se em conta a pena máxima em abstrato de 12 anos de reclusão, sendo, assim de 20 anos, é

Acesso ao Sumário

ilegal e ofende o direito líquido e certo da impetrante. Pugna, desta forma, para que seja concedida a liminar para o fim de sustar os efeitos da decisão exarada pela autoridade coatora, reconhecendo-se a prescrição da pretensão punitiva administrativa a partir da pena *in concreto* anterior na esfera criminal transitada em julgado antes mesmo da portaria que inaugurou o processo administrativo em questão para apuração dos mesmos fatos. Aduz que o artigo 261, inciso III da Lei n. 10.261/68 é inconstitucional. Alega que a impetrante teve seus proventos de aposentadoria integralmente cortados, o que tem prejudicado a sua subsistência, considerando se tratar de pessoa idosa, viúva, portadora de doença grave e em uso de medicamentos, o que configura o "periculum in mora" que autoriza a concessão da liminar pleiteada.

Foi proferido despacho indeferindo o pedido de Justiça Gratuita (fls. 221/222).

A impetrante formulou pedido de reconsideração (fls. 225/227), o qual foi rejeitado pelo despacho de fls. 229/231.

A impetrante apresentou petição requerendo a apreciação do pedido liminar formulado na inicial, independentemente do recolhimento das custas de preparo (fls. 234/235).

A decisão de fls. 237/239 negou o pedido liminar formulado.

Informações prestadas pela autoridade impetrada às fls. 242/262.

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça às fls. 307/311 pela denegação da ordem.

A impetrante apresentou comprovante com o recolhimento das custas iniciais às fls. 317/318.

É o relatório.

Segundo aduz a impetrante, houve prescrição da pretensão punitiva administrativa, considerando-se a pena em concreto contra ela aplicada no importe de 03 anos, 08 meses e 24 dias de reclusão, com fulcro no artigo 109, inciso IV do Código Penal, salientando que o trânsito em julgado ocorreu em dezembro de 2020 e a abertura do processo administrativo tão somente em dezembro de 2021. Alega que o artigo 261, inciso III da Lei n. 10.261/68 é inconstitucional. Argumenta, ainda, ser incompatível com o modelo contributivo de previdência social, a sanção de cassação de aposentadoria, não podendo haver a interpretação ampliativa do disposto no artigo 92, inciso I do Código Penal.

Denota-se dos autos que a Portaria n. (...) emanada da Corregedoria Permanente da Seção Administrativa de Distribuição de Mandados das Varas Judiciais da Comarca de (...), inaugurou, em 14.12.2021, o Processo Administrativo Disciplinar n. (...), voltado à cassação de aposentadoria da impetrante, nos moldes do artigo 257, inciso II c/c com o artigo 229, inciso I da Lei Estadual n. 10.261/1968, em razão de condenação criminal definitiva nos autos do Processo Penal n. (...), em pena privativa de liberdade de 03 (três) anos, 08 (oito) meses

Acesso ao Sumário

e 24 (vinte e quatro) dias, além de pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa e perda do cargo, em razão da prática do crime de corrupção passiva nos anos de 2006 e 2008, quando ocupava função de Oficiala de Justiça na Comarca de (...) (fls. 22/25).

A D. Presidência desta E. Tribunal de Justiça de São Paulo, acatando o parecer exarado pelo D. Corregedor Geral de Justiça, aplicou a pena de cassação de aposentadoria à servidora impetrante, com fulcro nos artigos 257, inciso II e 259, I do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo (fls. 293/296).

Inicialmente, rechaça-se a tese sustentada pela impetrante de que teria havido a prescrição da sanção para a falta administrativa, com fulcro no artigo 109, inciso IV do Código Penal.

Ao contrário do sustentado, aplica-se à hipótese o disposto no artigo 261, inciso I e § 4º da Lei Estadual n. 10.261/68, o qual preleciona, *in verbis*:

> **Artigo 261 –** Extingue-se a punibilidade pela prescrição: (NR)
> (...)
> **III –** da falta prevista em lei como infração penal, no prazo de prescrição em abstrato da pena criminal, se for superior a 5 (cinco) anos. (NR) **(grifo nosso)**

A redação do dispositivo em comento é clara ao prever que a prescrição é contada tomando como base a pena em abstrato, na hipótese de a infração penal imputar pena superior a 05 anos, como é o caso.

Com efeito, colacionam-se precedentes deste Col. Órgão Especial:

> MANDADO DE SEGURANÇA – servidor do TJSP demitido a bem do serviço público – não reconhecimento, pelo Vice-Presidente da Corte, de ocorrência de prescrição da pretensão punitiva – infração disciplinar que igualmente configura o crime do art. 317 do CP – servidor condenado criminalmente em primeira instância – decisão não definitiva – incidência do art. 261, III, da Lei Estadual nº 10.261/68 – desnecessidade de trânsito em julgado e até mesmo de apuração criminal – precedentes do STJ e deste OE – lapso prescricional de 16 anos, correspondente ao prazo prescricional da pena máxima em abstrato do delito – condutas ocorridas entre 2013/2014 – portaria de instauração de processo administrativo datada de 2021 – prescrição não verificada na hipótese – inexistência de direito líquido e certo a ser amparado – segurança denegada
> **(TJSP; Mandado de Segurança Cível 0026696-73.2023.8.26.0000; Relator: Vico Mañas; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/10/2023; Data de Registro: 27/10/2023)**
>
> MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR DEMITIDO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO. PRÁTICA DE CRIME DE PECULATO. PRESCRIÇÃO. Prescrição reconhecida no processo criminal. Prescrição da infração administrativa calculada com base na prescrição abstrata do delito. Hipótese em que se aplica o prazo prescricional de 16 anos. Processo admi-

Acesso ao Sumário

nistrativo disciplinar instaurado antes do decurso do lapso prescricional. Inocorrência da prescrição da pretensão de punição funcional. Reconhecimento da prescrição na esfera criminal que não se estende à esfera administrativa. Inexistência de direito líquido e certo. Ordem denegada.

(TJSP; Mandado de Segurança Cível 2242227-55.2021.8.26.0000; Relator: Moacir Peres; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 27/04/2022; Data de Registro: 29/04/2022)

MANDADO DE SEGURANÇA – Servidor Público – Auxiliar Judiciário – Demissão em razão de processo administrativo disciplinar – Condenação também, pelos mesmos fatos, na seara criminal – Posterior reconhecimento, nesta última esfera, de prescrição em razão da sanção aplicada – Ausente, todavia, ocorrência de prescrição no campo administrativo – Suspensão do procedimento administrativo para fins de aguardar julgamento no processo criminal – Ocorrência, sob tal hipótese, da suspensão da contagem do prazo – Cálculo com amparo na pena em abstrato conforme artigos 261, inciso III e 261, § 4º, inciso I, todos da Lei Estadual nº 10.261/68 – Prescrição administrativa não caracterizada – Ausência de direito líquido e certo – SEGURANÇA DENEGADA.

(TJSP; Mandado de Segurança Cível 2200583-40.2018.8.26.0000; Relator: Elcio Trujillo; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 15/05/2019; Data de Registro: 16/05/2019)

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO EXCELENTÍSSIMO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE APLICOU AO IMPETRANTE A PENA DE DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO EM RAZÃO DE DECLARAÇÃO PRESTADA NA OCASIÃO DA POSSE DO SERVIDOR. PRETENDIDO SOBRESTAMENTO DO PAD ATÉ JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL REFERENTE AO MESMO ATO (CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA). INADMISSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. PRAZO PRESCRICIONAL QUE É O DA PENA EM ABSTRATO DA INFRAÇÃO PENAL (ART. 261, III DA LEI 10.261/1968, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA LC 942/2003). SEGURANÇA DENEGADA.

(TJSP; Mandado de Segurança Cível 2148801-28.2017.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 31/01/2018; Data de Registro: 06/02/2018)

A impetrante foi condenada pela prática de crime de corrupção passiva, cuja pena máxima prevista pelo artigo 317 do Código Penal é de 12 anos de reclusão. Ou seja, está-se diante de pena em abstrato superior aos 5 (cinco) anos indicados no artigo do Estatuto do Servidor Público supra colacionado, que remete a contagem dos prazos ao Código Penal. Nesta hipótese, o artigo 109, inciso I do Diploma Penal estabelece o prazo prescricional de 20 anos.

Acesso ao Sumário

Como os fatos ocorreram entre 2007 e 2008, a prescrição não se verificou, sendo certo, ainda, que a portaria de instauração do processo administrativo datou de 2021, interrompendo-se o fluxo prescricional, segundo o artigo 261, § 2º da Lei Estadual n. 10.261/68.

Salienta-se, por oportuno, ser pacífico o entendimento da independência entre as esferas administrativa e penal, de modo que se mostraria desnecessária até mesmo a apuração criminal para a incidência dos prazos prescricionais relativos às penas máximas em abstrato imputadas, quando a infração disciplinar também constituir delito.

A respeito do tema, colaciona-se precedente do Col. Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR. PAD. DEMISSÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO. CONCLUSÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, QUE, À LUZ DO ACERVO FÁTICO DA CAUSA, AFASTARAM A SUA OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA RECURSAL ELEITA. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
>
> I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015.
>
> II. Na origem, como relatado, "cuida-se de demanda proposta por CARLOS LEONARDO COSTA PEREIRA e MAXWEL SILVA, policiais militares do Rio de Janeiro, na qual pleiteiam a extinção do PAD objeto da lide, bem como a declaração de ineficácia das sanções nele aplicadas".
>
> III. Não há falar, na hipótese, em violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.
>
> IV. Na forma da jurisprudência do STJ, não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.816.457/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2020; AREsp 1.362.670/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/10/2018; REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.
>
> V. Quanto ao mais, não se olvida que a Primeira Seção desta Corte registra precedentes no sentido de que, em virtude da independência das esferas administrativa e criminal, a existência de apuração criminal não

Acesso ao Sumário

é pré-requisito para o uso do prazo prescricional penal, averiguado pela pena in abstrato. A propósito: MS 20.857/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 12/06/2019; EDv nos EREsp 1.656.383/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 5/9/2018.

VII. No caso, à luz do que restou decidido pelas instâncias ordinárias – e tal como constou na decisão ora combatida – , no tocante à prescrição punitiva, a revisão das conclusões quanto à sua não ocorrência no caso concreto é pretensão inviável, nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7 do STJ. Precedentes.

VIII. Agravo interno improvido. **(STJ, AgInt no AREsp 1832675/RJ, Min. Assusete Magalhães, T2 – Segunda Turma)**

Neste contexto, por oportuno, conforme bem ponderado pelo parecer do D. Procurador Geral de Justiça; "*sequer a absolvição da impetrante, na esfera criminal, mostrar-se-ia indiferente, pelo princípio da independência relativa entre as instâncias administrativa e penal, a significar a atuação simultânea das esferas, sem afetarem-se umas às outras*" (fls. 309).

E, conclui, de forma acertada que "*soa desarrazoado afirmar que virtude de eventual absolvição na esfera penal, o cálculo prescricional permaneceria o estabelecido pela pena em abstrato, enquanto, na hipótese de condenação, o prazo prescricional sofreria redução*".

Quanto ao questionamento da cassação de aposentadoria, a aplicação desta penalidade é compatível com o caráter contributivo e solidário do regime próprio de previdência dos servidores públicos.

Como é cediço, a diferença entre os institutos da demissão e da cassação de aposentadoria diz respeito ao momento em que foi constatado o ato que enseja a punição do servidor. Acaso seja verificada quando se encontrara em atividade, aplica-se a pena de perda do cargo; se já estiver inativo, aplica-se a cassação da aposentadoria.

Pontua-se, por oportuno, que, conforme decidido pelo Plenário do Col. Supremo Tribunal Federal, na ADPF 418, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes (julgado em 15.04.2020) a aplicação da penalidade de cassação de aposentadoria é compatível com o caráter contributivo inerente ao regime previdenciário dos servidores públicos. Segundo os fundamentos utilizados pelo relator. A impossibilidade de aplicação da sanção administrativa a servidor aposentado – a quem a cassação de aposentadoria se afigura a única possível, já que não seria possível o decreto de perda do cargo público – resultaria em tratamento não isonômico entre servidos ativos e inativos que tenham praticado atos ilícitos sujeito ao poder sancionatório da Administração Pública.

Com efeito, colaciona-se a ementa da ADPF supramencionada, bem como outros precedentes do Col. Supremo Tribunal Federal e do Col. Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

Acesso ao Sumário

Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ARTS. 127, IV, E 134 DA LEI 8.112/1990. PENALIDADE DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA OU DISPONIBILIDADE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 3/1993, 20/1998 E 41/2003. PENALIDADE QUE SE COMPATIBILIZA COM O CARÁTER CONTRIBUTIVO E SOLIDÁRIO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES. PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As Emendas Constitucionais 3/1993, 20/1998 e 41/2003 estabeleceram o caráter contributivo e o princípio da solidariedade para o financiamento do regime próprio de previdência dos servidores públicos. Sistemática que demanda atuação colaborativa entre o respectivo ente público, os servidores ativos, os servidores inativos e os pensionistas. 2. A contribuição previdenciária paga pelo servidor público não é um direito representativo de uma relação sinalagmática entre a contribuição e eventual benefício previdenciário futuro. 3. A aplicação da penalidade de cassação de aposentadoria ou disponibilidade é compatível com o caráter contributivo e solidário do regime próprio de previdência dos servidores públicos. Precedentes. 4. A perda do cargo público foi prevista no texto constitucional como uma sanção que integra o poder disciplinar da Administração. É medida extrema aplicável ao servidor que apresentar conduta contrária aos princípios básicos e deveres funcionais que fundamentam a atuação da Administração Pública. 5. A impossibilidade de aplicação de sanção administrativa a servidor aposentado, a quem a penalidade de cassação de aposentadoria se mostra como única sanção à disposição da Administração, resultaria em tratamento diverso entre servidores ativos e inativos, para o sancionamento dos mesmos ilícitos, em prejuízo do princípio isonômico e da moralidade administrativa, e representaria indevida restrição ao poder disciplinar da Administração em relação a servidores aposentados que cometeram faltas graves enquanto em atividade, favorecendo a impunidade. 6. Arguição conhecida e julgada improcedente. **(ADPF 418, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes; J. 15.04.2020)**

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PREJUÍZO AO ERÁRIO E VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DA CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. 1. Agravo interno em recurso ordinário em mandado de segurança impetrado contra ato do Advogado-Geral da União que aplicou a penalidade de cassação de aposentadoria, ao se concluir que a recorrente, Advogada da União ao tempo dos fatos, incorreu em apropriação de benefícios previdenciários indevidamente depositados pelo Estado do Rio Grande do Sul em favor de sua mãe, então já falecida, ao longo de 12 (doze) anos. 2. A recorrente não trouxe qualquer prova pré-constituída que afaste as provas constantes do PAD.

Acesso ao Sumário

Impossibilidade de instrução probatória no curso do writ que permita a revisão da conclusão administrativa. 3. O caráter contributivo do regime próprio de previdência social não impede a aplicação da penalidade de cassação de aposentadoria, conforme entendimento firmado na ADPF 418. 4. Agravo a que se nega provimento. **(RMS 37824 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, jul. 16.08.2022)**

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. AUDITOR FISCAL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CARÁTER CONTRIBUTIVO E SOLIDÁRIO. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES. 1. O entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se firmou no sentido da constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria em processo administrativo disciplinar e do caráter contributivo e solidário do regime próprio de previdência (ADPF 418, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe 30.04.2020). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. Mantida a decisão agravada quanto aos honorários advocatícios, eis que já majorados nos limites do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC. **(STF, ARE 1368701 AgR segundo, Segunda Turma, Min. Edson Fachin, Jul. 29.08.2022)**

É possível a aplicação da pena de cassação de aposentadoria, ainda que não haja previsão expressa na Lei nº 8.429/92. Isso porque se trata de uma decorrência lógica da perda de cargo público, sanção essa última expressamente prevista no referido texto legal.

STJ. 2ª Turma. AgInt no REsp 1628455/ES, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 06/03/2018.

Portanto, a admissão da cassação de aposentadoria ao servidor público inativo sujeito à penalidade de perda do cargo privilegia o princípio da isonomia e moralidade administrativa, garantindo a atuação do poder disciplinar da Administração.

Entendimento contrário, com a devida vênia, favoreceria a impunidade a servidores que cometeram falta grave no exercício do "múnus" público, em ofensa à moralidade Administrativa.

Ademais, a contribuição previdenciária dos servidores públicos, conforme disposto no artigo 40 da Constituição Federal, possui natureza tributária, dada a compulsoriedade de seu recolhimento.

Colacionam-se, por oportuno, precedentes deste E. Órgão Especial no mesmo sentido:

AÇÃO CIVIL DE PERDA DE CARGO OU CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PROMOTOR DE JUSTIÇA. MANIFESTAÇÃO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA EM AUTOS DE PROCESSO CRIMINAL ASSINADA E RUBRICADA PELA FILHA ADVOGADA. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA

Acesso ao Sumário

DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 297, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. COMPETÊNCIA DESTE ÓRGÃO ESPECIAL PARA O JULGAMENTO, À LUZ DO ART. 38 DA LEI 8.625/93 E TAMBÉM DO QUE JÁ FOI DECIDIDO NA PRESENTE DEMANDA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.878.040/SP. A UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO FALSO EM PROCESSO JUDICIAL, PROVINDA DE UM MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, É FATO DE MUITA GRAVIDADE, INCOMPATÍVEL COM O EXERCÍCIO DO CARGO (ART. 38, § 1º, I, DA LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO). SANÇÃO DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA QUE É DE RIGOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PROCEDENTE.

(TJSP; Ação Civil Pública Cível 2147683-22.2014.8.26.0000; Relator: Campos Mello; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 17/05/2023; Data de Registro: 01/06/2023)

MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração em face do Governador do Estado de São Paulo e do Diretor Presidente da SPPREV em razão de cassação de aposentadoria do impetrante, condenado à perda da função pública em ação penal cuja sentença transitou em julgado. a) Ilegitimidade passiva do Diretor Presidente do SPPREV que não detém competência para rever o ato atacado. Extinção do processo. b) cassação da aposentadoria que decorre da perda do cargo determinada em sentença penal condenatória, já com trânsito em julgado, não se havendo falar em aguardar a conclusão ou a instauração de procedimento administrativo para a determinação da cassação dos proventos de aposentadoria do impetrante, o que importaria em rediscutir questões já cobertas pelo manto da coisa julgada. Ausência de violação a direito líquido e certo do impetrante. Segurança denegada.

(TJSP; Mandado de Segurança Cível 2228156-14.2022.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 12/04/2023; Data de Registro: 14/04/2023)

Assim, não se evidencia o direito líquido e certo alegado pelo impetrante a justificar a concessão do "mandamus", motivo pelo qual a ordem deve ser denegada.

Em face do exposto, pelo voto, Denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2243215-08.2023.8.26.0000, da Comarca de (...), em que é impetrante I.A.A.D., é impetrado EXMO. SR. DESEMBARGADOR DIRETOR DA COORDENADORIA DE EXECUÇÕES DE PRECATÓRIOS E CÁLCULOS

– DEPRE.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERNANDO TORRES GARCIA. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. BERETTA DA SILVEIRA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.100)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, 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, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Pagamento a menor de precatórios. Não configurado erro aritmético ou discussão do índice a ser aplicado à correção monetária. Precatório para pagamento complementar que não mantém a posição do precatório originário. Interpretação dada ao art. 100, § 1º, da Constituição Federal – AUSÊNCIA DO ALEGADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por I.A.A.D. contra ato do ilustre Desembargador Diretor da Coordenadoria de Execuções de Precatórios e Cálculos deste E. Tribunal de Justiça (DEPRE), no Proc. DEPRE nº (...), que extinguiu o respectivo precatório expedido em favor do impetrante em razão da quitação.

Aduz o digno impetrante que não houve a quitação correta do referido precatório, pois o valor pago não foi atualizado nos termos da lei, como também não considerou o que foi previsto pela sentença e confirmado pelo acórdão do processo de origem, no sentido de que a condenação deveria ter como data-base o ajuizamento para a correção monetária e a citação para o cálculo de juros. Aduz que o cálculo elaborado pelo perito judicial também deixou de acrescentar o acréscimo de R$ 5.000,00 nos honorários advocatícios em razão da improcedência dos embargos à execução opostos pelo executado. Argumenta que a diferença de valor a ser recebido totalizava R$ 700.447,11, até a data de 18/01/2021.

Aponta, ademais, que referida diferença consistiria verdadeiro erro aritmético, ou mesmo da própria forma de cálculo dos mencionados valores.

Requer, assim, a cassação da decisão que extinguiu o aludido precatório e a revisão dos valores, com efetivo depósito do montante complementar, sem a necessidade de expedição de novo precatório e a consequente recolocação do débito em "fila" para pagamento.

Liminar indeferida por este Relator (fls. 260/261).

O Município de (...) não apresentou manifestação (fl. 271)

As informações prestadas pela DEPRE deram conta que o precatório foi quitado e julgado extinto no processo DEPRE nº (...), destacando-se que "eventuais diferenças reconhecidas na esfera jurisdicional devem ser objeto de nova requisição" e que a "incidência ou não de juro moratório é matéria de direito que impõe análise, e decisão, pelo juízo do cumprimento de sentença", o que se encontra em consonância com o entendimento do CNJ e deste Órgão Especial em casos similares (fls. 264/267).

Em seu parecer, o ilustre Subprocurador Geral de Justiça, Doutor Wallace Paiva Martins Júnior, opinou pela denegação da segurança.

É o relatório.

A segurança restará denegada.

O precatório autuado sob nº (...) foi expedido em 5 de novembro de 2007, com o intuito de pagamento, ao impetrante, de valores relativos à ação indenizatória por danos morais, Processo nº (...) da Comarca de (...), em que reconhecida a procedência do pedido contra o Município de (...), com o débito, em favor do ora impetrante, definido no valor de R$ 350.941,44 (fl. 18).

Em 30/11/2020, foi realizado pagamento no valor de R$ 826.025,20 (fl. 234), correspondente ao valor original da dívida, corrigido.

A presente controvérsia instaura-se acerca da decisão a fls. 250/251, que, entendendo o Precatório (...) quitado, declarou-o extinto, ressaltando que "no demonstrativo do pagamento realizado em 30/11/2020 (págs. 63/75), constam de forma detalhada os valores envolvidos, as respectivas datas bases, os índices de correção monetária utilizados, bem como demonstra a incidência dos juros moratórios e dos honorários sucumbenciais".

É contra tal decisão que se insurge o digno impetrante, especialmente afirmando que o pagamento está incorreto com relação ao período de incidência dos juros e de atualização do crédito e dos honorários sucumbenciais.

É certo que a r. decisão combatida, conforme salientado nas informações prestadas pela DEPRE, foi proferida em atenção à orientação da Corregedoria Nacional de Justiça, o qual, no bojo do Pedido de Providências nº (...), de interesse deste E. Tribunal de Justiça, determinou que precatórios complementares estão sujeitos à sistemática *de novo requisitório*.

Conforme se depreende daqueles autos:

"(...)
A sistemática adotada pelo TJSP para a requisição de precatório complementar ofende frontalmente as normas do art. 100, caput, da Constituição Federal que estabelece a observância da ordem cronológica de apresentação dos precatórios como pilar fundamental para o pagamento das requisições contra a Fazenda Pública.
Além disso, observe-se que o § 8º do art. 100 da CF veda expressamente 'a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago'.
(...)
Em outras palavras, pode-se afirmar que a norma constitucional não veda a expedição de novo precatório que visa complementar um pagamento realizado a menor, já que deve respeitar o direito à propriedade, o direito adquirido e a coisa julgada. Mas esse novo precatório, denominado comumente como 'complementar', deve ocupar lugar relativo à sua data de apresentação, não havendo nenhuma vinculação com a data de apresentação do precatório primitivo."

Assim, em se tratando de eventual pagamento complementar ao montante já pago, não há que se determinar a manutenção do título na mesma posição em que o originário.

Observo, ademais, que não se ignora a exceção à aludida regra, admitida tão somente para o pagamento, na mesma ordem, de valores complementares quando da existência de erro de cálculo, ou, ainda, da aplicação de índice incorreto para a correção monetária dos precatórios (cf. julgados do C. STF: RE nº 427.490; ARE 11092.372 AgRg-SP; ARE nº 1.205.319).

Contudo, ao revés do quanto alegado pelo digno impetrante, a eventual complementação do montante adimplido não tem como fundamento a correção de inexatidão material ou dos índices aplicados à correção monetária, mas sim a discussão sobre o período de incidência dos juros e de atualização do crédito e dos honorários sucumbenciais, razão pela qual resta inaplicável a mencionada ressalva.

E, a respeito deste tema, assim vem decidindo este E. Órgão Especial, em recentes julgados:

"MANDADO DE SEGURANÇA – PRECATÓRIO – IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO PROFERIDA PELO D. DESEMBARGADOR COORDENADOR DA DIRETORIA DE EXECUÇÕES DE PRECATÓRIOS E CÁLCULOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, QUE CONSIDEROU QUITADO O PRECATÓRIO DA IMPETRANTE, **ENQUANTO PENDENTE ANÁLISE DE COMPLEMENTAÇÃO DO VALOR PAGO, QUE NÃO CONTEMPLOU A INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA DURANTE TODO O PERÍODO – DECISÃO LASTREADA EM ORIENTAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, NO BOJO DO PEDIDO**

Acesso ao Sumário

DE PROVIDÊNCIAS Nº 0003340-15.2019.2.00.0000, ONDE FIRMADO O ENTENDIMENTO DE QUE PRECATÓRIOS COMPLEMENTARES SUBMETEM-SE À SISTEMÁTICA DE NOVO REQUISITÓRIO – JURISPRUDÊNCIA DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO ENTANTO, QUE ASSEGURA A MANUTENÇÃO DO PRECATÓRIO JÁ EXPEDIDO, PRESERVANDO A ORDEM CRONOLÓGICA ORIGINAL, NOS CASOS DE ERRO MATERIAL, INEXATIDÃO ARITMÉTICA E SUBSTITUIÇÃO DE ÍNDICES DE CORREÇÃO DO DÉBITO – **SITUAÇÃO DOS AUTOS, ENTRETANTO, QUE NÃO SE AMOLDA ÀS EXCEÇÕES DELIMITADAS PELO C. STF** – NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE NOVO PRECATÓRIO, NOS TERMOS DO ARTIGO 100, § 8º, DA CR – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – SEGURANÇA DENEGADA." (Mandado de Segurança Cível nº 2016253-97.2021.8.26.0000; Des. Rel. Francisco Casconi; j. em 27/10/2021, grifei).

"MANDADO DE SEGURANÇA – ALEGAÇÃO DE OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO OCASIONADO PELA **EXTINÇÃO DE PRECATÓRIO ENQUANTO PENDENTE, EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, DISCUSSÃO ACERCA DE VALOR COMPLEMENTAR REFERENTE AOS JUROS** – PRECATÓRIO QUITADO PELA AUTORIDADE IMPETRADA – **EXPEDIÇÃO DE EVENTUAL REQUISITÓRIO DE VALOR COMPLEMENTAR QUE DEVE OBSERVAR NOVA ORDEM CRONOLÓGICA, SEM VINCULAÇÃO COM O PRECATÓRIO PRIMITIVO (A MENOS QUE DECORRA DE ERRO MATERIAL OU INEXATIDÃO ARITMÉTICA)** – ENTENDIMENTO STF – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER AMPARADO POR ESTA VIA – DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA." (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2033207-24.2021.8.26.0000; Des. Rel. Ferraz de Arruda; j. em 12/05/2021, grifei).

Não é possível averiguar, deste modo, ofensa ao direito líquido e certo alegado na inicial.

No mesmo sentido, é o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Dessa forma, pelo meu voto, denego a segurança.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0035894-37.2023.8.26.0000, da Comarca de Poá, em que é impetrante MONALISA CRISTIANE DOS SANTOS, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61.984)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), COSTABILE E SOLI-

MENE, 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, PAULO AYROSA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2024.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PRAZO EXTINTIVO CARACTERIZADO.
Impetração datada de mais de 120 (cento e vinte) dias da expiração do concurso objeto.
Segurança denegada.

RELATÓRIO:

Tratam estes autos de mandado de segurança impetrado por Monalisa Cristiane dos Santos contra ato do Governador do Estado de São Paulo, e tem o fim de obrigá-lo a proceder-lhe à nomeação e à posse no cargo de Agente de Organização Escolar – Região de Suzano.

Historia a impetrante que foi aprovada em 174º lugar no concurso público estadual 01/2018 destinado ao provimento de 1.495 cargos de Agente de Organização Escolar do SQC – III – do Quadro de Apoio Escolar – QAE. Relata que a autoridade impetrada, em vez de nomear os candidatos aprovados no certame, vem contratando servidores temporários para o exercício das funções inerentes a esse apontado cargo, dando-se indevida preterição de sua postulada nomeação.

Indeferiu-se medida liminar para imediata nomeação e posse no cargo almejado e concedeu-se à impetrante o benefício de gratuidade processual (*e*-págs. 758-62).

O Governador paulista apresentou informações (*e*-págs. 767-85).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (*e*-págs. 857-62).

É o relatório do necessário.

VOTO:

1. O caso dos autos parece atrair o disposto no art. 23 da Lei 12.016/2009 (de 7-8), que fixa normas para o exercício de direitos pela via mandamental:

> *"o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado."*

Acesso ao Sumário

2. Reitera-se, neste caso, quase à letra, o quanto já antes cotado e acolhido neste Órgão Especial.

Trata-se singularmente de um prazo extintivo da faculdade de exercitar a pretensão mandamental, que o *usus loquendi* tem designado com o termo "decadência", embora de verdadeira decadência não se cuide, porque, como disse ALFREDO BUZAID, essa extinção da faculdade de impetrar a segurança *"não fere mortalmente o direito material, que remanesce imprejudicado, podendo ser pleiteado por via ordinária"* (*Do mandado de segurança*, ed. Saraiva, São Paulo, 1989, vol. I, p. 159).

Esse prazo é o do interregno dentro no qual um sujeito se diz "titular de certo direito", qual seja o de **acesso ao processo do mandado de segurança** (cf. EDUARDO ARRUDA ALVIM, *Mandado de segurança*, ed. GZ, 4.ed., Rio de Janeiro, 2021, p. 183).

É a partir da específica *actio nata*, cujo limite final é o tempo em que o ato impetrado haveria de praticar-se, que se conta esse prazo extintivo (cf. SERGIO FERRAZ, *Mandado de segurança*, ed. Malheiros, 3.ed., São Paulo, 1996, p. 235), prazo insuscetível de suspender-se ou de interromper-se.

3. O caso sob exame é o de um pleito de nomeação de candidato aprovado em concurso público, o que atrai a aplicação do verbete 15 da súmula persuasiva do STF: "Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação". Assim, o curso do **prazo extintivo da pretensão de segurança começa a fluir com o encerramento do prazo de validade do certame** (cf., no STF, *v.g.*: RMS 23.707, RMS 25310 AgR, RMS 24.119).

4. O prosseguimento deste *writ* encontra óbice na extrapolação do prazo de 120 dias a contar do termo final da validade do versado concurso para provimento dos cargos de Agente de Organização Escolar, regido pelo Edital SE 01/2018, concurso que **se encerrou em 18 de dezembro de 2022**, sendo a presente ação ajuizada em **23 de junho de 2023**, ou seja, vencido já o prazo legal de extinção da faculdade de exercício da segurança.

5. Recrutam-se, nessa mesma linha, precedentes deste Órgão Especial:

"1. O prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 dias da ciência do ato (art. 23 da Lei nº 12.016/2009). 2. Impetração que busca a nomeação de candidata aprovada em concurso público em classificação superior ao número de vagas ofertadas em edital. Concurso público cujo prazo de validade findou em julho de 2019. Transcurso do prazo legal de 120 dias, contados da expiração da validade do certame. Precedentes. Decadência consumada. Segurança denegada" (MS 2257063-96.2022 – Rel. Des. DÉCIO NOTARANGELI, j. 29-11-2023).

"Mandado de Segurança – Concurso público para provimento de cargo efetivo de Agente de Organização Escolar – Impetrante aprovada fora do

Acesso ao Sumário

número de vagas anunciado no edital, postulando a concessão da ordem para garantia de sua nomeação para o cargo alegando preterição – Prazo de validade do concurso encerrado em 18.12.2022 (após o período de emergência sanitária), já considerada a prorrogação de dois anos nos termos da Resolução Seduc nº 94 de 14.12.2020 – Impetração em 01.05.2023, após o decurso do prazo decadencial de 120 dias – Decadência reconhecida – Precedentes – Ausência, ademais, de demonstração da existência de cargo vago e disponível para a nomeação, de forma apta a evidenciar a preterição imotivada, não se prestando a este fim a indicação de contratações temporárias para o exercício de funções similares, especialmente dadas as circunstâncias extraordinárias verificadas no período – Precedentes – Segurança denegada" (MS 2101793-45.2023 – Rel. Des. LUCIANA BRESCIANI, j. 22-11-2023).

"MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra a não nomeação da impetrante ao cargo público de enfermeiro efetivo do Concurso Público para o Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – Iamspe. Impetrante aprovada fora do número de vagas previsto no Edital. Expirado o prazo de validade do concurso público em 31.12.2021 por força do Decreto Estadual nº 65.463, de 12.01.2021. Ajuizamento do 'mandamus' apenas em 03.01.2023 quando já expirado, de há muito, o prazo de 120 dias, estabelecido no art. 23 da Lei nº 12.016/2009. Segurança denegada pelo reconhecimento da decadência" (MS 2000226-68.2023 – Rel. Des. XAVIER DE AQUINO, j. 24-5-2023).

POSTO ISSO, meu voto sugere denegar-se a segurança em vista do decurso do prazo extintivo previsto na regra do art. 23 da Lei 12.016, de 2009.

Sem condenação em honorários advocatícios. Custas e despesas processuais pela impetrante, observada, contudo, a norma do § 3º do art. 98 do Código de processo civil.

É como voto.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3004573-30.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado G.H.U.J. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, mantendo-se a decisão liminar proferida nos autos deste recurso, que concedeu o prazo adicional de 30 (trinta) dias para cumprimento da obrigação imposta, observado o termo inicial já determinado, bem como para possibilitar ao agravante o fornecimento dos insumos e equipamentos genéricos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.110)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 14 de fevereiro de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – INFÂNCIA E JUVENTUDE – Insurgência contra decisão que deferiu tutela de urgência – Pleito de fornecimento de medicamento e insumos (sistema de infusão contínua) à adolescente diagnosticado com Diabetes Mellitus Tipo 1 – Direito à saúde – Medicamento e insumos não sujeitos à tese vinculante firmada no julgamento do Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça – Sistema de infusão contínua não incorporado em atos normativos do SUS – Hipossuficiência financeira, em princípio, demonstrada – Prova inequívoca da necessidade do medicamento e insumos – Possibilidade de fornecimento de medicamentos e insumos genéricos, desde que com as mesmas especificações e que não haja contraindicação fundamentada – Concessão de

Acesso ao Sumário

prazo suplementar para cumprimento da obrigação, em razão das naturais dificuldades administrativas para contratação dos produtos pleiteados – Agravo de instrumento parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto pelo Estado de São Paulo contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude do Foro Regional II – Santo Amaro da Comarca de São Paulo, cujo trecho principal, possui o seguinte teor (fl. 60/62 do Proc. nº 1036035-33.2023.8.26.0002):

> *Do relato constante da exordial, corroborado pelos documentos trazidos ao feito, infere-se que o requerente conta com diagnóstico de diabetes mellitus tipo 1, o que faz com necessite de bomba de infusão contínua de insulina com sensor de glicemia, conforme relatório médico que atesta a ineficácia de outros esquemas terapêuticos e tratamentos medicamentosos anteriormente testados (fls. 36/41). Demais disso, este mesmo problema de saúde faz com que o infante sofra risco de graves complicações orgânicas ao longo dos anos, que podem acarretar invalidez e morte precoce. Pois bem. O direito à saúde do público infanto-juvenil deve ser assegurado por toda a sociedade, conforme dicção da norma constitucional insculpida no artigo 227, bem como na legislação ordinária, conforme artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Logo, de rigor que a requerida seja compelida a fornecer o equipamento, os insumos e medicamentos de que necessita o infante, conforme relato constante da exordial e prescrição médica apresentada. Destarte, hei por bem deferir o pleito liminar para determinar que a demandada forneça o equipamento de infusão contínua de insulina com sensor, os insumos e medicamentos prescritos às fls. 40/41, no prazo de quinze dias, sob pena de multa de R$ 300,00 por cada dia de descumprimento, limitada a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por ano de descumprimento, valor que será revertido em favor do fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos exatos termos do artigo 214, do Estatuto da Criança e do Adolescente*

Sustenta o agravante, preliminarmente, ser vedada a concessão de liminares que esgotem, no todo ou em parte, o objeto da demanda (Lei nº 8.437/92).

No mérito, alega, em síntese, a ausência da probabilidade do direito à obtenção do equipamento de marca específica, e que existem insumos similares, com idêntico efeito terapêutico e com menor preço. Aduz estarem ausentes os requisitos fixados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema nº 106 e argumenta que há poucas evidências em relação aos benefícios na redução

Acesso ao Sumário

de complicações micro e macrovasculares com as bombas, de modo que entende não restar demonstrada a superioridade dos sistemas das bombas de insulina frente ao tratamento padrão disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde, nem mesmo a ineficácia deste último.

Ressalta que a diferença entre o medidor de glicose e o glicosímetro convencional, é que alguns eliminam as picadas no dedo e conseguem armazenar os dados dos valores glicêmicos em até 90 (noventa) dias, ou seja, somente comodidade, contudo o custo é maior em relação ao monitor de glicemia fornecido pelo SUS, que também controla a contento os valores glicêmicos do paciente.

Afirma que a probabilidade do direito à saúde pleiteado na inicial e deduzido na forma de pedido dos equipamentos é legítimo, mas sem escolher marcas específicas, sob pena de lesão ao princípio da impessoalidade.

Defende que a escolha de marca somente é excepcionalmente admitida nas contratações do Poder Público quando for tecnicamente justificável, ponderando haver necessidade perícia a fim de verificar a sua imprescindibilidade, mencionando parecer do NAT-JUS acerca do equipamento pleiteado.

Por fim, requer o provimento do recurso para a revogação da decisão de tutela antecipada que deferiu o fornecimento do aparelho pleiteado, sem perícia e sem a comprovação da hipossuficiência financeira, ou, subsidiariamente, seja possibilitado à Fazenda Estadual o fornecimento de aparelho sem marca específica, bem como a dilação do prazo concedido não inferior a 30 (trinta) dias para a aquisição dos insumos e aparelho (fls. 1/17).

O pedido de concessão de efeito suspensivo foi deferido em parte a fim de possibilitar ao agravante o fornecimento dos insumos e equipamentos genéricos, desde que não haja vedação médica, bem como para conceder o prazo de 30 (trinta) dias para o cumprimento da r. decisão ora recorrida (fls. 21/30).

Não houve resposta ao recurso (fl. 37).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do agravo interposto (fls. 40/44).

É o relatório.

Conhece-se do recurso porque tempestivo.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada de fornecimento de insumos a adolescente diagnosticado com *Diabetes Mellitus Tipo 1*.

A saúde é direito social de natureza fundamental (artigo 6º, da Constituição Federal)[1], com eficácia plena em face do Estado, por força do artigo 196 da Carta Magna[2].

Acesso ao Sumário

1 Artigo 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

2 Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Especialmente em relação à criança e ao adolescente, reforça-se o dever do Poder Público de garantir a efetivação do direito à saúde, conforme disposto o artigo 4º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente[3].

Assegura-se, nesse sentido, o acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde de crianças e adolescentes que necessitam de atendimento, por meio do Sistema Único de Saúde, garantindo-se o fornecimento de tratamentos, medicamentos, terapias, observado o princípio da equidade no acesso, (artigo 11, *caput*, e § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente).[4]

Na hipótese, postula-se seja o ente público compelido a fornecer os insumos, ao adolescente, ora agravado, a saber: 1) Sistema Minimed 780G (Bomba de insulina) Código MMT-1896BP; 2) Aplicador Quick Serter Código MMT 305QS; 3) Transmissor Guardian Link3 Código MMT-7910W1 – 1 unidade por ano; 4) Sensor Guardian 3 Código MMT 7020C1 – 1 caixa com 5 unidade por mês; 5) Cateter Quick-set 6mm cânula/60cm Código MMT-399 A – 1 caixa 10unidade por mês; 6) MiniMed Reservoir 3.0ml Código Código MMT-332ª – 1 Caixa com 10unidades por mês; 7) Carelink Usb Blue ACC-1003911F – 1 unidade; 8) Insulina ASPARTE 100UI/1ML – 1 frasco de 10 ml por mês; 9) Pilha Energyzer AAA – 4 unidades por mês; 10) Glicosímero Accuchek – 1 unidade; 11) Tiras reagentes para medir glicemia Accu Check – 100 unidades por mês; 12) Lancetas para medição da glicemia FAST CLIX 100 – lançetas por mês; 13) Sachês de Álcool SWAB – 150 sachês por mês.

É bem verdade que não se aplica ao caso o Tema 106 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que aludida tese se refere a medicamentos não padronizados, o que não se verifica da hipótese versada nos autos.

Relativamente ao medicamento postulado (insulina análoga de ação rápida – Asparte), prescrito no receituário médico de fl. 40, referido fármaco consta da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME 2022, sendo, assim, inquestionável o dever do ente público em fornecê-lo.

No que tange aos insumos, que não constam das listas do Sistema Único de Saúde, forçosa a comprovação da ineficácia dos outros produtos disponibilizados pela rede pública de saúde que tenham sido utilizados pelo agravado, bem como da hipossuficiência financeira da família, em obediência aos princípios da isonomia e da razoabilidade.

Acesso ao Sumário

3 Artigo 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

4 Artigo 11. É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente, àqueles que necessitarem, medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

Isso porque o fornecimento de tais produtos pelo Poder Público, por se tratar de gasto público dirigido à população evidentemente carente, sem condições de efetuar tais gastos para a manutenção da saúde, exige que se constate, minimamente, sua necessidade frente ao uso, sem sucesso, dos produtos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, bem como a ausência de condições econômicas como fator limitante do acesso à saúde.

E, ao menos nessa fase de exame superficial, há de se reconhecer o preenchimento dos sobreditos requisitos.

Nesse contexto, anote-se que a necessidade do tratamento pleiteado está demonstrada, satisfatoriamente, nos documentos médicos de fls. 36/41 dos autos de origem o que torna induvidosa, diante da peculiaridade do caso concreto, a necessidade de manutenção do seu fornecimento neste momento processual.

A respeito destaca-se da documentação médica supracitada, que: *...desde o início do tratamento, foi experimentado as diferentes insulinas e modalidades de tratamentos disponíveis, porém sem sucesso no controle do diabetes pois apesar dos esforços da família e das combinações das insulinas, ela apresenta grande variação da glicemia ao longo do dia, onde podemos observar glicemias muito elevadas alternados com episódios de queda da glicemia (hipoglicemia). Dentre os esquemas de tratamento com insulina experimentados, incluem-se as insulinas NPH e Regular fornecidos pelo Posto de Saúde, cujo resultado foi muito ruim e por isso logo mudado para insulinas modernas e mais estáveis, como a insulina Glargina pela manhã e insulina Aspart ou Lispro aplicada antes de todas as refeições. Todos os esquemas terapêuticos experimentados não conseguiram o controle aceitável da glicemia, pois apesar de todo o empenho, ainda observamos grandes elevações da glicemia se alternando com as temidas hipoglicemias que afetam, inequivocamente, a qualidade de vida e a própria saúde do G. Muitas vezes o G. não consegue reconhecer os sintomas de hipoglicemia como sonolência, irritabilidade, tremores, tonturas, sudorese fria, principalmente quando ocorrem durante a madrugada, quando está dormindo. O fato dela não perceber os sintomas impede que seja feita a correção da hipoglicemia a tempo, o acarreta riscos ainda maiores como desmaios e convulsões. Dessa forma, considerando que os esquemas de tratamento com múltiplas injeções diárias de insulina foram ineficientes, se faz necessário indicar-lhe a BOMBA DE INFUSÃO CONTÍNUA DE INSULINA COM SENSOR DE GLICEMIAMEDTRONIC MODELO 780G.*

Referida documentação médica é conclusiva: *O paciente G.H.U.J., (...) anos de idade, apresenta doença Diabetes Mellitus tipo I, insulino dependente, sendo que já foi experimentado todos os tipos de tratamentos medicamentosos sem sucesso terapêutico. Somente com o uso da Bomba Infusora de Insulina Medtronic 780G que possibilita monitorização contínua de glicose em tempo real com desligamento automático em caso de hipoglicemia e reinício também*

Acesso ao Sumário

automático, além de correções de hiperglicemias, recursos inexistentes em equipamentos similares de outras marcas, será possível controlar o diabetes do paciente. Sem o citado equipamento sua condição de saúde estará em risco de graves complicações orgânicas ao longo dos anos, que podem acarretar invalidez e morte precoce decorrentes do mal controle dos níveis de glicose no sangue.

Ressalta-se que o diagnóstico e prescrições médicas estão corroborados nos históricos de controle de glicemia do agravado, onde se observa oscilações recorrentes dos níveis de glicemia (fls. 42 e 43/44).

Registre-se, nesse contexto, o prestígio que há de ser atribuído à prescrição médica, cujo profissional, responsável pela apuração técnica da conveniência do uso de determinado medicamento, tem sua responsabilidade imposta pelo Código de Ética Médica (Resoluções CFM nº 1.246/88 e nº 1.931/2009).

Verifica-se, outrossim, que os produtos pleiteados se encontram registrados na ANVISA e que os documentos de fls. 24/35, juntados aos autos de origem, demonstram satisfatoriamente a hipossuficiência financeira da família do agravado, não havendo nos autos indícios ou sinais de riqueza que lancem dúvidas sobre tal conclusão, uma vez que os proventos comprovadamente recebidos não são suficientes para custear o tratamento pleiteado sem comprometer subsistência da família de forma digna.

Dentro deste panorama inicial, portanto, inegável a probabilidade do direito invocado e garantido, liminarmente, ao adolescente, considerando a dificuldade de controle da doença, com episódios de diabetes descontrolada, além da elevada quantidade de medições diárias, os quais são fatores excepcionais e essenciais para se manter a decisão agravada.

Não se deve perder de vista, ainda, que também está configurado o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, diante das eventuais consequências resultantes da demora excessiva na realização do tratamento para a melhora do estado de saúde da criança, o que ratifica a necessidade da medida.

Contudo, possibilita-se à parte agravante disponibilizar os medicamentos, equipamentos e insumos genéricos, desde que comprovada sua eficácia clínica e não haja vedação pelo médico responsável pelo tratamento da parte agravada.

Quanto ao prazo para o cumprimento da liminar, mantém-se a determinação contida na decisão que deferiu parcialmente o efeito suspensivo (fls. 21/30) e fixou o interregno de 30 (trinta) dias para o cumprimento da obrigação, mantido o termo inicial, considerando as naturais dificuldades a serem enfrentadas pelo Poder Público ao tomar providências para disponibilizá-lo.

Por fim, ressalve-se que a presente decisão é proferida com base no exame perfunctório das provas juntadas aos autos principais e neste recurso, cabendo às partes, no curso da instrução, produzir as provas que entenderem necessárias para a defesa dos seus respectivos direitos.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO**, mantendo-se a decisão liminar proferida nos autos deste recurso, que concedeu o prazo adicional de 30 (trinta) dias para cumprimento da obrigação imposta, observado o termo inicial já determinado, bem como para possibilitar ao agravante o fornecimento dos insumos e equipamentos genéricos.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002037-08.2023.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado R.M.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA REMESSA NECESSÁRIA e NEGAGARAM PROVIMENTO AO APELO VOLUNTÁRIO, observada a sucumbência recursal fixada. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.019)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 24 de janeiro de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – INFÂNCIA E JUVENTUDE – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Professor auxiliar – Sentença que julgou procedente a ação – Não cabimento de remessa necessária, pois ausente hipótese de sujeição ao duplo grau de jurisdição obrigatório – Inteligência do artigo 496, § 3º, II, do Código de Processo Civil – Não caracterizada sentença ilíquida – Conteúdo econômico que pode ser facilmente aferido por simples cálculo aritmético – Valor anual da remuneração do profissional a ser disponibilizado estimado sendo inferior ao limite legal estabelecido para a sujeição da sentença ao duplo grau de jurisdição obrigatório – Recurso voluntário – Disponibi-

Acesso ao Sumário

lização de professor auxiliar para o atendimento de adolescente diagnosticado com retardo mental leve e transtornos globais do desenvolvimento (CID F70 e F84) – Direito à educação – Direito público subjetivo de natureza constitucional – Exigibilidade independente de regulamentação – Normas de eficácia plena – Determinação judicial para cumprimento de direitos públicos subjetivos – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Súmula 65, TJSP – Reserva do possível afastada – Medida protetiva que se mostra necessária e adequada ao caso – Profissional que deve possuir formação específica, em conformidade com o artigo 59, III, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Política Educacional organizada pela Secretaria de Educação do Estado de São Paulo para os alunos com deficiência que não se mostra adequada e suficiente ao caso concreto – Fixação da sucumbência recursal – Remessa necessária não conhecida – Apelo voluntário desprovido.

VOTO

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta pelo ESTADO DE SÃO PAULO em face da r. sentença de fls. 102/108, que julgou procedente o pedido formulado em *ação de obrigação de fazer* ajuizada por R.M.S. e condenou o ente público a disponibilizar ao autor professor auxiliar especializado, em sala de aula, por período indeterminado, enquanto estiver matriculado junto à rede de ensino estadual, sob pena de multa diária no valor de R$ 100,00. Foram arbitrados honorários advocatícios no valor de R$ 1.000,00.

Sustenta o apelante, em síntese, que atualmente existe uma confusão a respeito das figuras de professor auxiliar, profissional de apoio escolar e professor especializado. Aduz que já disponibiliza cuidador aos alunos que necessitam de atendimento nas atividades escolares, o que não se confunde com as atividades pedagógicas, realizadas por professor especializado. Ressalta que a figura do "professor auxiliar" não possui respaldo legal.

Alega, ainda, que a disponibilização de professor auxiliar a crianças com deficiência vem comprometendo o desenvolvimento da política pública de educação especial estadual e que a existência de relatório médico atestando a necessidade do atendimento não é suficiente, uma vez que médicos não têm o conhecimento necessário para determinar abordagens pedagógicas, tarefa que cabe a um pedagogo. Aduz que qualquer interferência do Poder Judiciário viola-

Acesso ao Sumário

ria o princípio da separação dos poderes, devendo haver estrita observância aos preceitos constitucionais. Além disso, entende não ser necessário que o atendimento seja realizado por docente, o que implicaria reiteração de alegada prática segregacionista. O apelante pugna, outrossim, pelo desacolhimento integral da pretensão do apelado ou, subsidiariamente, pela desnecessidade de ser o apoio especializado prestado por docente (fls. 136/160).

Não houve resposta ao recurso (fl. 191) e a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso, anulando a r. sentença, ante a necessidade de produção de provas (fls. 211/216).

É o relatório.

De início, não conheço da remessa necessária, com fundamento no artigo 496, § 3º, II, do Código de Processo Civil, na medida em que o conteúdo econômico obtido nesta demanda é inferior ao piso de 500 salários mínimos, estabelecido pelo referido dispositivo como condição ao exame da remessa necessária.

Com efeito, o piso salarial dos professores da categoria denominada PEB II (aqueles que lecionam para os alunos do 6º ao 9º ano do ensino fundamental) para uma carga horária de 40 horas semanais, a partir de maio de 2023, é de R$ 4.420,36 (quatro mil quatrocentos e vinte reais e trinta e seis centavos), o que corresponde ao conteúdo econômico anual de R$ 53.044,32 (cinquenta e três mil e quarenta e quatro reais e trinta e dois centavos)[1], montante muito inferior àquele citado limite.

Assim, na hipótese em tela, tanto o valor atribuído à causa de R$ 1.000,00 (fl. 103), quanto o proveito econômico obtido nos autos, são inferiores ao limite mínimo legal, impondo-se o não conhecimento da remessa necessária, na esteira do quanto decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça (*e.g.*: REsp 1.735.097/RS, Rel. MIN. GURGEL DE FARIA, 1ª Turma, j. 08/10/2019, DJe 11/10/2019; AgInt no AREsp 1807306/RN, Rel. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª T., DJe 02/09/2021) e também por esta E. Corte, como se extrai da seguinte ementa:

REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Pretensão à obtenção de vaga em unidade educacional infantil mantida pela Municipalidade, que deve ser próxima à residência da criança. Garantia à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade. Direito autoaplicável previsto no artigo 208, IV, da Constituição Federal. 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. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1052474-17.2021.8.26.0576; Relator: Beretta da Silveira (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São José do Rio Preto – Vara da Infância e Juventude; Data do

Acesso ao Sumário

1 Disponível em https://www.pebsp.com/mec-divulga-em-breve-o-reajuste-do-piso-salarial-dos-professores-em-2023-confira-valores/. Acesso em 17/04/2024.

Julgamento: 10/05/2022; Data de Registro: 10/05/2022)

Não conhecida a remessa necessária, a hipótese é de desprovimento do recurso de apelação.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer pela qual se garantiu a disponibilização de professor auxiliar para o atendimento de adolescente diagnosticado com *retardo mental leve e transtornos globais do desenvolvimento (CID F70 e F84)*.

Ressalte-se, desde logo, que o direito à educação possui a natureza de direito social de índole fundamental, contemplado pelo art. 6º da Constituição da República e densificado por diversos preceitos constitucionais. Destarte. Em geral, ele se materializa como norma constitucional de eficácia plena, possuindo o indivíduo direito público subjetivo de exigir do Estado a realização de medidas para a concretização ao acesso à educação gratuita e de qualidade.

O direito à saúde é garantido aos indivíduos, em geral, além de comportar desdobramentos a partir de certas necessidades especiais em relação a sujeitos particularmente vulneráveis, em especial, crianças e adolescentes, cujos direitos devem ser tutelados com absoluta prioridade, como se extrai do disposto no art. 227 da Constituição.

A proteção constitucional diferenciada é materializada pelo arr. 27, *caput*, da Lei nº 13.146/2015, que destina proteção especial ao infante com deficiência. Da mesma forma, assim o estipula o artigo 54, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como os artigos 3º, I, 4º, III e VIII e 58 § 1º e 59, III da Lei n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que disciplina as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Além disso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) também trata do tema em seus artigos 27 e 28, I e XVII.

Portanto, às crianças e adolescentes com deficiências físicas ou mentais deverão ser garantidas condições para desfrutarem de plena autonomia, com vistas à viabilização e facilitação de sua vida na comunidade. O atendimento educacional por meio de professor auxiliar, como no caso, está inserido nesse contexto.

Tratando-se de direito subjetivo previsto em norma de eficácia garantida pela legislação infraconstitucional, não há que se falar em ilegal intervenção do Poder Judiciário nas decisões que cabem ao Poder Executivo, mas, antes, na necessidade de efetiva tutela jurisdicional, visando à concretização de direitos fundamentais, como expressão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, veiculado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição.

Aliás, este E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consolidou entendimento no sentido da possibilidade da condenação do poder público à obrigação de fazer necessária à concretização de direitos fundamentais, como à saúde e à educação, sem que isto configure ofensa à autonomia dos Poderes, conforme Súmula 65, *verbis*:

Acesso ao Sumário

Não violam os princípios constitucionais da separação dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.

Em outras palavras, embora se reconheça que o princípio da competência orçamentária atribua ao legislador as decisões finais da destinação dos recursos públicos, especialmente em políticas de atendimento universalizado da população no âmbito da educação, não se pode admitir que esse princípio ganhe ares absolutos, retirando do administrador a responsabilidade de atender as necessidades individuais de crianças e adolescentes, cujos direitos carecem de intransigente tutela jurisdicional, observando-se que *a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras*[2].

Nesse ponto, não há como se afastar a responsabilidade do administrador pelas escolhas feitas na formulação e execução do orçamento público. Se as escolhas tornaram insuficientes os recursos para o atendimento da ordem constitucional, há de se adequar a destinação de valores para o atendimento primordial do comando constitucional em favor de crianças e adolescentes, sendo insuficiente recorrer-se a teoria da "reserva do possível" como excludente do descumprimento da Constituição.

Nessa mesma direção já pontuou o C. Supremo Tribunal Federal:

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À 'RESERVA DO POSSÍVEL' E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTÊNCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". – A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. – A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de

2 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 512-513.

Acesso ao Sumário

inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. (STF – AgR no ARE 639.337-SP –2ª T. – Rel. MIN. CELSO DE MELLO – j. 23.08.2011).

Afigura-se, nesse contexto, inaplicável a teoria da *"reserva do possível"* no caso de pedido de disponibilização de profissional de apoio, ante a existência de uma situação social e econômica diretamente resultante de escolhas do administrador no direcionamento das verbas públicas.

Conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, *"esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade."* (STJ – AgRg no AREsp 790.767-MG – 2ª T. – Rel. MIN. HUMBERTO MARTINS – j. 3.12.2015).

Assentadas tais premissas, forçoso convir que, no caso, está demonstrada a imprescindibilidade de acompanhamento do adolescente por professor auxiliar para o seu pleno desenvolvimento cognitivo e, destarte, integral exercício do direito à educação.

Concretamente, destaca-se o relatório médico indicativo da moléstia que acomete o infante e que acaba por concluir pela necessidade de um professor auxiliar em sala de aula (fl. 22).

A respeito, não se olvide o prestígio que há de ser atribuído à prescrição médica, cujo profissional tem sua responsabilidade imposta pelo Código de Ética Médica (Resoluções CFM nº 1.246/88 e nº 1.931/2009).

Em semelhante sentido, o relatório circunstanciado subscrito pela Diretora da escola em que matriculado, destaca que o adolescente já frequenta a sala de recursos da escola e que se beneficiaria da inclusão em sala regular, *desde que todos os apoios sejam contínuos* (fls. 67/69).

Em síntese, a prova documental em epígrafe deixa claro que o adolescente foi diagnosticado com *retardo mental leve e transtornos globais do desenvolvimento (CID F70 e F84)*, do que resulta inafastável a necessidade de atendimento especializado em sala de aula.

Referida necessidade condiz com a imperiosa disponibilidade em sala de aula regular de profissional com formação específica, conforme referido artigo 59, III, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, independentemente da nomenclatura utilizada pelo Estado de São Paulo para a sua designação, des-

Acesso ao Sumário

de que seja apto a atender o autor em suas tarefas diárias de natureza pedagógica, assegurando-lhe igualdade de condições no acesso à educação, bem como a sua inclusão.

Assim o é porque referido profissional deve reconhecer as peculiaridades do infante e, a partir daí, as estratégias que devem ser aplicadas para alcançar o máximo de desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, em sala de aula, segundo suas características pessoais e necessidades de aprendizagem, nos termos dos artigos 27 e 28, I e XVII, do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

Afinal, cabe a este professor constatar as reais dificuldades do infante e auxiliá-lo em suas particulares necessidades, acompanhando-o nas aulas regulares e colaborando para sua efetiva inclusão escolar, mediante a adaptação de tarefas, bem como assistência em suas interações sociais e aplicações didáticas.

Ressalte-se, ademais, que, conforme verificado dos autos, o infante está matriculado em sala regular junto com outros alunos. Nesse sentido, observa-se que o auxílio de um só profissional, que concomitantemente tem que lidar com outros alunos em sala de aula, que também têm direito à educação de qualidade, não é suficiente para atender plenamente as necessidades do adolescente.

Para que se alcance o seu total desenvolvimento pedagógico, portanto, é essencial o fornecimento de tratamento individualizado, com adequação e adaptação do plano curricular e das atividades de sala, a serem realizadas pelo adolescente, a quem deve ser dado tratamento digno.

Nesse ponto, ante os documentos apresentados, verifica-se que, muito embora norteada por um projeto pedagógico de inclusão, a Política Educacional organizada pelo Estado não se mostra adequada e suficiente ao caso concreto.

Não aproveita ao Estado a alegação de que oferece tratamento diferenciado através de projetos sociais específicos, em observância à Resolução SE nº 68/2017, no contraturno escolar, através de sala de recursos multifuncionais, argumentando que a disponibilização de professor especializado não traria os benefícios pretendidos, na medida em que esse sistema não se mostrou suficiente para viabilizar o direito à educação do infante.

Acesso ao Sumário

Consigne-se, ainda, que, ao revés do que sustenta o ente público, a disponibilização do profissional não significa que se pretenda tratamento individualizado, em detrimento de sua inclusão social na classe em que se encontra, mas somente serve como ferramenta para que ele, em conjunto com os demais alunos da sala, alcance o mesmo nível de aprendizado pedagógico.

Em suma, aos infantes com deficiências físicas ou mentais deverão ser garantidas condições para desfrutarem de autonomia, visando a facilitar sua vida na comunidade e, sem dúvida, a disponibilização do profissional está inserida nesse contexto.

A propósito, observa-se que a inclusão da disponibilização desse profis-

sional não traduz direito a atendimento exclusivo, permitindo-se o compartilhamento do atendimento com outros alunos que venham também a precisar, na mesma sala de aula, do acompanhamento especializado.

Casos semelhantes, ademais, já foram objeto de exame pela Colenda Câmara Especial, com conclusões idênticas às apresentadas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDUCAÇÃO INCLUSIVA. MENOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. PROFESSOR DE APOIO COM CONHECIMENTO EM BRAILE E MATERIAL DIDÁTICO. 1. Decisão concessiva da tutela de urgência para compelir o Município São Joaquim da Barra a disponibilizar à menor acompanhante pedagógico (profissional com conhecimento em braile), bem como material didático compatível com sua deficiência visual. Irresignação da Fazenda Pública Municipal. 2. Relatório médico comprobatório das necessidades especiais da menor. Risco manifesto de dano à sua aprendizagem, em razão de sua baixa visão. 3. Possibilidade de compartilhamento do profissional com outros alunos com necessidades especiais da mesma sala de aula. Precedentes desta Colenda Câmara Especial. 4. Recurso desprovido, com observação. (TJSP; Agravo de Instrumento 2045669-76.2022.8.26.0000; Relatora: Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São Joaquim da Barra – 2ª Vara; Data do Julgamento: 14/06/2022; Data de Registro: 14/06/2022)

Apelação cível e remessa necessária – Infância e Juventude – Ação de obrigação de fazer – Disponibilização de professor auxiliar para acompanhamento pedagógico em atividades escolares a criança diagnosticada com descolamento de retina secundário a retinopatia da prematuridade em ambos os olhos (CID H 54.0) – Direito à educação – Direito público subjetivo de natureza constitucional – Exigibilidade independente de regulamentação – Normas de eficácia plena – Determinação judicial para cumprimento de direitos públicos subjetivos – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Súmula 65, TJSP – Reserva do possível afastada – Medida protetiva que se mostra necessária e adequada ao caso – Ausência de exclusividade no fornecimento do professor auxiliar – Apelo voluntário e Remessa necessária não providos. (TJSP; Apelação Cível 1008430-40.2021.8.26.0566; Relator: Guilherme Gonçalves Strenger (Vice-Presidente); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São Carlos - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 10/02/2022; Data de Registro: 10/02/2022)

Apelação cível e remessa necessária – Infância e Juventude – Ação de obrigação de fazer – Disponibilização de atendimento educacional especializado e professor auxiliar para menor portadora de paralisia cerebral e retardo mental (CID 10 G80.9 e F79), deficiências auditiva e de motricidade (CID 10 H91 e CID 10 M21) – Direito à saúde e à educação – Normas de eficácia plena – Aplicabilidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência e legislação correspon-

Acesso ao Sumário

dente ao tema – Tratamento diferenciado à criança é componente essencial ao seu desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Súmula 65, TJSP – Reserva do possível afastada – Ausência de exclusividade no fornecimento do professor auxiliar – Multa cominatória – Possibilidade – Remessa necessária não provida – Apelo voluntário parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1045180-35.2018.8.26.0602; Relator: Guilherme G. Strenger (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Sorocaba – Vara da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 22/06/2021; Data de Registro: 22/06/2021).

Por fim, em razão do não provimento ao apelo interposto pelo Estado de São Paulo, necessária a fixação da sucumbência recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, que arbitro em R$ 200,00, nesta fase recursal.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO DA REMESSA NECESSÁRIA** e **NEGO PROVIMENTO AO APELO VOLUNTÁRIO**, *observada a sucumbência recursal fixada*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1515639-13.2022.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante G.M.J., é apelado M. P. DO E. DE S. P.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO para, com fundamento no artigo 189, inciso II, da Lei nº 8.069/1990, julgar IMPROCEDENTE a representação oferecida em desfavor do adolescente G.M.J. V.U. Libere-se o menor, caso internado por esse.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.162)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 5 de fevereiro de 2024.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Câmara Especial – Infância e Juventude – Representação – Prática e atos infracionais equiparados aos crimes previstos nos artigos 213, 146 e 147 do Código Penal – Procedência – Aplicação da medida

socioeducativa de internação – Recurso do adolescente – Pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso prejudicado – Improcedência da representação – Prova que não traz a certeza necessária à procedência da ação socioeducativa, com aplicação de medida extrema – Existência de dúvida razoável sobre a efetiva presença das elementares dos atos infracionais descritos na representação – Aplicação analógica do princípio *in dubio pro reo* – Recurso defensivo provido – Sentença reformada – Representação improcedente.

VOTO

VISTOS.

G.M.J., inconformado com a r. sentença de fls. 180/186, objeto de embargos de declaração (fls. 195/199), parcialmente acolhidos para correção de erro material (fls. 208/209), que julgou procedente a representação contra ele formulada e aplicou-lhe internação, em virtude da prática de atos infracionais correspondente aos crimes previstos nos artigos 213, 146 e 147, todos do Código Penal, na forma do artigo 69 do mesmo Diploma, apela (fls. 251/276), postulando, preliminarmente, o recebimento do recurso no efeito suspensivo. No mérito, requer a absolvição ou a aplicação de medida socioeducativa mais branda.

Contra-arrazoado o apelo (fls. 293/307) e mantida a r. sentença (fl. 308), em seu parecer a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 355/363).

É o relatório.

Preambularmente, cumpre considerar prejudicado o pleito de atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso, em virtude da análise a que ora se procede do inconformismo.

Ademais, quanto ao tema, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já sedimentou a compreensão no sentido de que:

"A partir do julgamento do HC n. 346.380/SP, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento de que a não concessão de efeito suspensivo à apelação interposta contra sentença que aplica medida socioeducativa não viola o direito fundamental de presunção de não culpabilidade" (STJ – HC 14111/SP, Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, 6ª Turma, j. em 15.10.2019, DJe 23.10.2019).

Passa-se, assim, ao exame do mérito recursal.

Narra a peça inicial e seu aditamento que, no dia (...), por volta das (...) horas, na Rua (...), nº (...), (...), cidade e comarca (...), o adolescente G.M.J., então com 15 anos, mediante violência física, constrangeu a vítima S.S.C., a ter conjunção carnal ou a praticar com ele outro ato libidinoso.

Acesso ao Sumário

Consta, ainda, que, nas mesmas circunstâncias, o representado, mediante grave ameaça, constrangeu a vítima S.S.C. a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.

Consta, por fim, que, nas mesmas circunstâncias, o menor ameaçou a vítima S.S.C. de causar-lhe mal injusto e grave.

Para a exata compreensão da controvérsia ora examinada, faz-se oportuno proceder à transcrição do teor da narrativa exposta pelo *Parquet* na representação, *verbis*:

"Apurou-se que a vítima e o adolescente eram amigos e, no dia dos fatos, foram até a residência de G. Após breve período conversando, a vítima resolveu ir embora, mas foi impedida pelo adolescente, que escondeu a mochila de S. nas costas.

Depois que a vítima resgatou a mochila, o adolescente trancou as portas da residência. A vítima tentou conversar com o jovem para que pudesse sair da casa, sendo que o adolescente a segurou fortemente pelo pescoço e a beijou na boca. Em seguida, o adolescente jogou a vítima no sofá e passou a mão no peito de S.

S. se desvencilhou e foi tentar abrir a porta, sem sucesso. Já sem camisa, o adolescente agarrou-a pelo pescoço novamente, colocou-a contra a parede e tentou beijar S. Ato contínuo, G. jogou S. no sofá e tentou tirar a calça da vítima. Desesperada, S. foi ao banheiro com a desculpa de retirar o absorvente. Na volta, o adolescente tirou a calça da vítima contra o seu consentimento e, à força, introduziu o pênis na vagina de S. e ejaculou.

A vítima ordenou que G. parasse com o ato sexual forçado, mas o adolescente mandou a vítima se virar de costas, segurou suas mãos para trás e continuou a penetração. Após realizar o estupro, o adolescente deixou a vítima sair da residência, ameaçando-a para não contar nada ao namorado dela, senão 'iria atrás dele' para causar-lhe algum mal.

Depois que saiu da residência de G., este constrangeu a vítima a tomar a 'pílula do dia seguinte'.

Ouvida durante a ação cautelar nº 1000188-62.2022.8.26.0015, a vítima confirmou os fatos descritos no boletim de ocorrência, como também o fez nos prints ora anexos.

O laudo pericial nº (...) confirmou a penetração sofrida pela vítima." (fls. 27/28).

Pois bem. Esta é, em suma, a contextura fática que, consoante a versão aduzida pelo órgão ministerial na representação, subjaz à presente ação socioeducativa.

E, uma vez feito o registro da exposição factual que consta da peça inaugural, tenho para mim que, no caso, há dúvida razoável a impor a improcedência da representação.

Com efeito, apresentado ao Juízo (mídia digital), o adolescente negou a prática dos ilícitos, contudo, admitiu relação sexual com a vítima, mas de forma consentida.

Em resumo, afirmou que conheceu a ofendida no ano de (...), quando sua

Acesso ao Sumário

família passou a frequentar a igreja e que, naquela época, mantiveram laços afetivos, que em determinado dia evoluíram para beijos e relação sexual consensual. Após estes primeiros eventos, a mãe da ofendida descobriu conversas dos jovens no celular da filha e esta teria inventado que foi forçada a manter a relação sexual, com medo de represálias. Houve afastamento das partes, tendo o rapaz inclusive deixado de frequentar a igreja. Já em (...), após a jovem postar na *internet* foto em um hospital, o apelante voltou a procurá-la e mantiveram conversas nas quais S. comentou que estava para terminar o relacionamento e pedia conselhos ao rapaz. Algum tempo depois, na data dos fatos, S. procurou-o em sua residência, sendo convidada a entrar. Trocaram beijos e, num primeiro momento, a garota contou que estava menstruada e por isso não avançariam. Contudo, foi ao banheiro, retirou o absorvente e mantiveram relações sexuais consentidas. Durante este encontro, esclareceu que trancou as portas de casa para evitar que dois amigos aparecessem de surpresa, sem o intuito de impedir S. de ir embora. Disse, arrematando, que logo após este último contato começou a namorar outra pessoa e que o namorado da ofendida o procurou para tirar satisfações a respeito de beijo roubado.

E, analisando-se os dados probatórios carreados ao longo de toda a instrução, verifica-se que, relativamente ao ato infracional equiparado ao delito do artigo 213 do Código Penal (estupro), há dúvida se, de fato, foi a ofendida constrangida a prática sexual, mediante violência ou grave ameaça.

Com efeito, a vítima, ouvida através da técnica da escuta especial (Processo nº (...)), relatou, segundo o resumo que se extrai da r. sentença, que (fl. 181), *verbis*:

"A vítima S.S.C. declarou que está com 16 anos e explicou que era amiga de G.. Disse que ficaram juntos algumas vezes porque eram da mesma igreja, mas, que após os dois se relacionarem, afirmou que a mãe de G. saiu da igreja. Posteriormente, a mesma voltou a frequentar a igreja. Dessa forma, a vítima passou a conversar com o adolescente pelas redes sociais, porque o adolescente não estava indo para a igreja. Disse que atualmente está namorando outro rapaz, V. Informou que G. sempre perguntou quando ela iria visitá-lo, já que tinham voltado a conversar, mas a mesma sempre afirmou que não poderia. No dia dos fatos, declarou que uma colega da igreja pediu para ela buscar sua filha e levá-la na escola, sendo que essa colega e G. moravam na mesma rua. Ao passar pelo local ouviu uma música tocando alto na casa de G. e então mandou mensagem para ele e pediu para o mesmo baixar a música brincando. Após breve período conversando, a vítima resolveu ir embora, mas foi impedida pelo adolescente, que escondeu a mochila de S. nas costas. Depois que a vítima resgatou a mochila, o adolescente trancou as portas da residência. A vítima tentou conversar com o jovem para que pudesse sair da casa, sendo que o adolescente a segurou fortemente pelo pescoço e a beijou na boca. Em seguida, o adolescente jogou a vítima no sofá e passou a mão no peito de S.. Nesse momento a mesma se desvencilhou e foi tentar abrir a porta, sem sucesso. Já

Acesso ao Sumário

sem camisa, o adolescente agarrou-a pelo pescoço novamente, colocou-a contra a parede e tentou beijar S.. Ato contínuo, G. jogou a vítima no sofá e tentou tirar a calça da mesma. Desesperada, S. foi ao banheiro com a desculpa de retirar o absorvente. Na volta, o adolescente tirou a calça da vítima contra o seu consentimento e, à força, introduziu o pênis na vagina de S. e ejaculou. A vítima ordenou que G. parasse com o ato sexual forçado, mas o adolescente mandou a vítima se virar de costas, segurou suas mãos para trás e continuou a penetração. Após realizar o estupro, o adolescente deixou a vítima sair da residência, ameaçando-a para não contar nada ao namorado dela, senão 'iria atrás dele' para causar-lhe algum mal. Depois que saiu da residência, este constrangeu a vítima a tomar a 'pílula do dia seguinte'."

Ressalta-se, nessa quadra, que, nos crimes contra a liberdade sexual e, consequentemente, nos atos infracionais equiparados àqueles, onde é rara a presença de testemunhas, como no caso ora tratado, a palavra da vítima tem forte e relevante valor probante.

Nesse sentido é a jurisprudência da Colenda Câmara Especial *(Apelação Cível 1500696-19.2020.8.26.0015, Relator: Renato Genzani Filho; Apelação Cível 1503726-62.2020.8.26.0015, Relatora: Ana Luiza Villa Nova; Apelação Cível 1500275-43.2021.8.26.0581, Relator: Sulaiman Miguel)* e as orientações apresentadas no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021 – Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ nº 27/2021.

Nada obstante, a palavra da vítima, nos ilícitos ora tratados, não pode ser o único fator a determinar o decreto condenatório ou a imposição de medida socioeducativa. Quando, ante a prova produzida, a dúvida se apresentar ao julgador, a absolvição ou a improcedência da representação socioeducativa são imperativas. Um juízo de probabilidade, ainda que robusto, não tem o condão de legitimar a certeza absoluta e necessária a justificar aplicação de pena ou de medida socioeducativa, em face do primado da dúvida que favorece o réu e o representado adolescente.

Veja-se que o caso em comento não teve testemunhas presenciais ou provas periciais que demonstrassem todas elementares descritas no artigo 213 do Código Penal e, por conseguinte, do correspondente ato infracional pelo qual foi representado o menor apelante.

Remanescem, como prova, as versões do adolescente e da vítima, que dissentem sobre o consenso na relação sexual.

E, conquanto não seja possível determinar qual esteja sustentado a verdade, fato é que, as circunstâncias do evento trazem dúvida razoável sobre as reais condutas do menor e da ofendida, suficiente para determinar o decreto de improcedência.

Deveras, os dois mantiveram relacionamento anterior. Em conformidade com a vítima e com sua genitora, "ficavam".

Depois, mesmo após o fim da relação, aquela ainda conversava com o

Acesso ao Sumário

adolescente pelas redes sociais.

Na data dos fatos, foi a ofendida que iniciou conversa com o menor, chamado a pretexto de "baixar o som".

Do interior da residência do representado, onde os fatos de desenvolveram, a vítima teve oportunidade para fugir ou chamar por socorro, o que era de se esperar de quem, realmente, estava sendo constrangida, mediante violência ou grave ameaça, a manter relações sexuais.

Nesse contexto, foi ao banheiro, localizado na parte exterior da residência, para supostamente retirar "absorvente". Nada obstante, retornou ao interior da casa, sem fugir ou pedir auxílio, conduta incomum, notadamente quando, nada, sobre ter sido obrigada, de qualquer forma, a agir assim, foi detalhado.

No mais, contrariam-se versões sobre a relação sexual, com representado, afirmando ter sido consentida, e ofendida, mediante violência e grave ameaça.

E, como dito alhures, não é possível se afirmar qual a versão mais consentânea com a verdade.

Os relatos do menor e da vítima não são convergentes e as palavras dessa não foram endossadas por outras provas. A respeito, importante destacar que as testemunhas da representação relataram apenas o que aquela lhes disse. Não presenciaram o ilícito ou fatos que pudessem responsabilizar, juntamente com as narrativas da ofendida, o adolescente (fls. 181/182).

De outra parte, há circunstâncias, que revestem os fatos, suficientes a trazer dúvidas sobre a conduta dos envolvidos.

Relacionamento anterior, manutenção de contato via redes sociais, possibilidade de fuga ou de busca por socorro inexplicavelmente não aproveitada. São dados circunstanciais que, se incapazes de determinar a improcedência da representação por *"estar provada a inexistência do fato"* ou *"não constituir o fato ato infracional"*, determinam o afastamento da responsabilização do adolescente, *"ex vi"* do inciso II, do artigo 189 do Estatuto da Criança e do Adolescente *('não haver prova da existência do fato')*.

Nesse sentido:

APELAÇÃO – ATO INFRACIONAL – Conduta equiparada a estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, do CP) – Sentença que acolheu a representação e aplicou ao adolescente medidas de liberdade assistida, por prazo indeterminado, c.c. prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de quatro meses, à razão de quatro horas semanais – Pleito voltado à improcedência por fragilidade probatória – Manifestação do Ministério Público em Primeiro Grau que entendeu pela ausência de elementos suficientes em relação à prática do ato infracional e requereu a improcedência da ação socioeducativa – Provas produzidas mostraram-se frágeis e não indicaram, com a certeza necessária, que o adolescente tenha praticado quaisquer das condutas referentes à tipificação descrita no art. 217-A, caput, do Código Penal – Negativa não afastada pelas provas colhidas nos autos – Prevalência do princípio da inocência – Sentença

Acesso ao Sumário

reformada (art. 189, IV, do ECA) – Recurso provido.
(TJSP; Apelação Cível 0001929-28.2020.8.26.0015; Relator: Wanderley José Federighi (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Especial da Infância e Juventude – 6ª Vara Especial da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 25/07/2022; Data de Registro: 25/07/2022)
Apelação. Estupro de vulnerável. Recurso defensivo visando a reforma da r. sentença. Acolhimento. Ainda que se mostre incontroverso, apesar da negativa do recorrente, que a vítima manteve relação sexual com ele no período apontado na denúncia, entendo que as circunstâncias do caso concreto permitem o afastamento da presunção de vulnerabilidade da ofendida com a consequente absolvição do apelante. A vítima, após apresentar uma versão na delegacia de polícia, narra em juízo circunstâncias muito mais graves, em uma aparente tentativa de prejudicar ainda mais o recorrente. Relacionamento de ambos que era de conhecimento dos genitores da ofendida que, inclusive, prestaram depoimento em Juízo narrando que ela era rebelde e que fazia o que queria. Genitora da ofendida que relata, inclusive, situações em que foi chantageada pela menor. Diante de tal panorama, entendo que a absolvição se mostra necessária, até mesmo para evitar a utilização do direito penal como forma de vingança pessoal. Recurso provido, com a absolvição do recorrente na forma do artigo 386, VII do Código de Processo Penal.
(TJSP; Apelação Criminal 0002281-14.2015.8.26.0030; Relator: Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Apiaí – Vara Única; Data do Julgamento: 08/08/2022; Data de Registro: 08/08/2022)

Finalmente, no que diz respeito aos atos infracionais equiparados aos delitos dos artigos 146 e 147 do Código Penal, registra-se que a mesma dúvida, que permeia a infração assemelhada ao crime de estupro, também os aflige, de modo a ser determinante, considerando a ausência de certeza a respeito da conduta do menor, o reconhecimento da improcedência da representação, com fulcro no artigo 189, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para, com fundamento no artigo 189, inciso II, da Lei nº 8.069/1990, julgar IMPROCEDENTE a representação oferecida em desfavor do adolescente G.M.J.

Libere-se o menor, caso internado por esse feito.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1501899-47.2023.8.26.0197, da Comarca de Francisco Morato, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado A.V.S.F.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento

ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AC-0009/24-CE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 10 de fevereiro de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO – ATO INFRACIONAL – Condutas tipificadas pela prática de atos infracionais análogos aos delitos previstos no artigo 180, "caput", e artigo 157, § 2º, inciso II, ambos do Código Penal – Sentença que acolheu a representação e aplicou ao adolescente medidas de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de seis meses, c.c. prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de três meses – Pleito exclusivamente voltado à reforma da sentença, com a substituição das medidas aplicadas por internação – Admissibilidade – Modificação das medidas impostas – Preenchidos, no caso concreto, os requisitos de excepcionalidade aptos a justificar a aplicação da medida de internação – Circunstâncias dos atos infracionais e condições pessoais do representado, apreendido pela prática de dois atos infracionais distintos, equiparados aos delitos de receptação e de roubo majorado pelo concurso de agentes, recomendam a imposição da medida extrema e acompanhamento técnico em tempo integral para sua efetiva ressocialização – Recurso provido.

VOTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos de ação socioeducativa, representou o adolescente **A.V.S.F.S.**, nascido aos (...), pela prática de atos infracionais análogos aos delitos tipificados nos artigos 180, "caput", e 157, § 2º, II, ambos do CP (fls. 01/04).

Por julgar os fatos alistados na representação demonstrados pelas provas produzidas em juízo, o MM. Juiz deliberou impor ao adolescente **A.V.S.F.S.**, as medidas de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de seis meses, cumulada com

Acesso ao Sumário

prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de três meses, por quatro horas semanais, além das medidas protetivas de matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino e de inserção do adolescente em curso profissionalizante, bem como de inserção do menor e sua genitora em grupo de apoio familiar (fls. 126/130), reconhecida a prática de atos infracionais equiparados aos delitos de receptação e roubo majorado (artigo 180, "caput", e artigo 157, § 2º, inciso II, ambos do Código Penal).

Apela o Ministério Público (fls. 134/137) opondo-se ao desfecho empreendido em primeiro grau. Sustenta, *ad summam*, a insuficiência das medidas aplicadas ao caso, tendo em vista a gravidade dos atos infracionais praticados, equivalentes aos delitos de receptação e de roubo majorado pelo concurso de agentes, este último que envolve, além da subtração de patrimônio, violência e grave ameaça à pessoa, trazendo repercussão social e gerando traumas no ofendido e seus familiares. Aduz ter o roubo sido praticado com emprego de grave ameaça contra adolescente do sexo feminino, quedando-se indefesa e em estado de submissão. Reputa, ainda, que o jovem estava na posse de um segundo celular produto de roubo ocorrido dias antes, demonstrando maior envolvimento com o meio infracional. Objetiva-se, assim, a reforma da r. sentença, aplicando-se ao apelado a medida socioeducativa de internação.

Às contrarrazões (fls. 153/155), preservado o *decisum* (fl. 157), anota-se parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo provimento da apelação (fls. 167/170).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Consta da representação que, no período compreendido entre os dias (...), por volta das (...), na Rua (...), altura do nº (...), (...), na cidade de (...), o adolescente **A.V.S.F.S.**, recebeu, em proveito próprio, 1 (um) telefone celular, da marca Xiaomi, modelo Redmi Note 11S, avaliado em R$ 1.300,00 (mil e trezentos reais), pertencente a L.J.V., que sabia ser produto de crime.

Consta, ainda, que, no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), altura do nº (...), (...), na cidade e comarca de (...), o adolescente **A.V.S.F.S.**, agindo em concurso com outro indivíduo não identificado, subtraiu, em proveito próprio, mediante grave ameaça, 01 (um) telefone celular, da marca Samsung, modelo A13, avaliado em R$ 2.000,00 (dois mil reais), pertencente a G.R.S. (nascida aos (...)).

A materialidade está bem confirmada a partir do boletim de ocorrência (fls. 15/20 e 105/116), auto de exibição, apreensão e entrega (fls. 24/25), autos de avaliação (fls. 28/29) e auto de reconhecimento de objeto (fls. 30/31), secundados pela prova oral colhida em audiência.

O conjunto probatório é igualmente persuasivo quanto à autoria, comprovada pela prova colhida sob o contraditório, cingindo-se a irresignação do

Acesso ao Sumário

Ministério Público ao tratamento reeducativo adotado.

As medidas socioeducativas impostas, revelam-se, de fato, inadequadas, no caso, para o alcance da ressocialização. As condições pessoais do jovem e a gravidade concreta dos fatos clamam por outra solução.

A gravidade do ato infracional integra expressamente as diretrizes fixadas pelo § 1º do art. 112 do ECA enquanto critério balizador de adequação das medidas socioeducativas aplicáveis, entre as abstratamente previstas pelo sistema, em conjunto com as circunstâncias da prática infracional e a capacidade do adolescente para seu cumprimento.

Não se pode olvidar que o ato análogo ao crime de roubo majorado por concurso de agentes é extremamente grave, causa grande insegurança à sociedade e externa conduta altamente reprovável, por atingir, a um só tempo, o patrimônio e a incolumidade física e psíquica da vítima, bens jurídicos tidos por fundamentais pelo legislador. Trata-se de conduta que precisa ser prontamente corrigida por meio de processos socioeducativos eficazes, com acompanhamento integral e efetivo. Assim, o referido ato infracional perfaz, de pronto, a hipótese do art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, permitindo a aplicação da medida de internação.

Somado a esse gravíssimo ato infracional, praticado com grave ameaça à pessoa, restou comprovado no presente processo que o recorrido também praticou conduta equiparada ao delito de receptação, o que revela a necessidade de uma intervenção mais rigorosa para a sua reinserção social.

Resta evidente que a frequência com que o apelado se envolve em novas ocorrências serve de indicativo de que necessita de direcionamento e acompanhamento intensos, para afastá-lo de situações de risco, direcionando-o para outros objetivos.

O próprio adolescente relatou em juízo que já não frequentava a escola há cerca de dois meses (fls. 117/120 – mídia audiovisual à fl. 163), observando-se que, malgrado conte com o respaldo da genitora, esta não tem ascendência sobre ele como relatado em audiência. E o menor não encontra, entre os familiares, figura de referência e autoridade para orientá-lo e regrá-lo a fim de que não se envolva novamente na prática de atos infracionais.

Patente, portanto, a necessidade de amadurecimento e reflexão do recorrido, carecendo de direcionamento e suporte para o fortalecimento do processo de valorização pessoal, compreensão de seu papel e efetivação de um projeto de vida, sendo imprescindível o acompanhamento por equipe multiprofissional, inserção em núcleo escolar e curso profissionalizante, o que revela a inadequação, neste momento, das medidas mais brandas para o alcance da efetiva ressocialização.

Não se pode passar ao largo de reconhecer que a medida extrema tem dupla função: ressocializar o adolescente em conflito com a lei e afastá-lo do

Acesso ao Sumário

ambiente nocivo que o permeia.

Nesse passo, diante das circunstâncias de caráter objetivo e subjetivo, estão preenchidos os requisitos de excepcionalidade aptos a justificar a medida de internação, a qual dará ao representado a necessária orientação pedagógica, visando, ainda, à sua proteção integral.

Por outro lado, será ele periodicamente avaliado, podendo reverter a medida extrema tão logo demonstre aptidão para o retorno ao convívio social, respeitados os limites legais (art. 121, §§ 3º e 5º, do ECA).

O voto é pelo **provimento ao recurso** para substituir as medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade aplicadas na origem por internação, sem prazo determinado, anotando-se que o apelado será avaliado no máximo a cada seis meses.

Comunique-se, com urgência, o resultado deste julgamento ao juízo de origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003421-71.2023.8.26.0358, da Comarca de Mirassol, em que é apelante M.M., é apelado D.S.A. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anularam a r. sentença, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 121.797)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 16 de fevereiro de 2024.

BERETTA DA SILVEIRA, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. Infância e juventude. Menor diagnosticado com Transtorno do Espectro Autista. Necessidade de fornecimento dos medicamentos Aripiprazol 10 mg, do laboratório Sandoz, Escitalopram 20 mg e Amplictil 100 mg. Legitimidade passiva. Presença. Solidariedade entre todos os entes do Estado. Regência das Súmulas 37 e 66 desta Egrégia Corte. Necessidade de produção de prova pericial para com-

provar a ineficácia das alternativas de tratamento fornecidas pelo SUS e a essencialidade dos fármacos pleiteados. Sentença anulada, com determinação. Recurso prejudicado.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação, nos autos da ação de obrigação de fazer proposta por **D.S.A**. contra o **M.M.** A r. sentença de fls. 78/88 julgou procedente a demanda, para determinar que o réu forneça ao autor os medicamentos Aripiprazol 10 mg, do laboratório Sandoz, 60 comprimidos por mês; Escitalopram 20 mg, 30 comprimidos por mês; e Amplictil 100 mg, 30 comprimidos por mês, durante o tempo necessário para o tratamento, tornando definitiva a liminar concedida. E o condenou ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais).

O apelante defende ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, atribuindo a responsabilidade pelo fornecimento dos fármacos ao Estado de São Paulo. Aponta a necessidade de realização de estudo social para confirmação acerca da hipossuficiência do menor e sua família, bem como o não preenchimento de todos os requisitos exigidos pelo Tema nº 106, do Superior Tribunal de Justiça. Também se insurge quanto à determinação de fornecimento de medicamentos de marcas específicas. Requer a reforma da sentença para inverter a sua conclusão, revogar a liminar concedida e julgar totalmente improcedente a ação, condenando-se o recorrido nos ônus sucumbenciais. Ainda pleiteia seja o recurso recebido no duplo efeito (fls. 98/108).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 112/122), a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do recurso ou, se admitido, pelo seu desprovimento (fls. 134/143).

É O RELATÓRIO.

Com o julgamento do presente recurso, fica prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo.

Oportuno pontuar que agiu corretamente o juízo a quo ao não impor a remessa necessária, visto que o montante total esperado com a demanda, refletido no valor da causa, isto é R$ 10.000,00 (dez mil reais) (fl. 18), se exibe abaixo da barreira financeira prevista no inciso III, do § 3º, do artigo 496 do CPC.

Nesse sentido, precedente desta Colenda Câmara Especial:

"APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Fornecimento de medicamentos Aripiprazol e Risperidona, além de insumos (fraldas e melatonina) para tratamento de saúde à criança diagnosticada com transtorno do espectro autista (CID 10 F84.0) – Reexame necessário não conhecido – Conteúdo econômico inferior ao valor de alçada – Tema 793

Acesso ao Sumário

STF – Obrigação solidária dos entes públicos – Tema 106 STJ – Acolhimento do pedido – Presença dos pressupostos necessários à concessão dos medicamentos – Direito à saúde – Preservação dos princípios da proteção integral e superior interesse da criança e do adolescente – Artigos 5º e 196 da CF – Necessidade de comprovação anual da continuidade do tratamento – Destinação de eventual exigibilidade da multa imposta em favor do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município (art. 214 da Lei n. 8.069/90) – Recurso oficial não conhecido e apelação desprovida, com observação.". (TJSP Apelação / Remessa Necessária Cível 1005822-77.2022.8.26.0358 – Relator: **Wanderley José Federighi** – Câmara Especial – Data do Julgamento: 20/06/2023).

"REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONSULTA MÉDICA – BAIXO VALOR DA CONDENAÇÃO – Requeridos que foram condenados tão somente a agendar consulta médica para o autor – Valor que, embora incerto, é inegavelmente inferior aos limites previstos no art. 496, § 3º, do CPC, ainda que se considere a multa arbitrada em caso de descumprimento – Precedentes do C. STJ e desta C. Câmara – Recurso oficial não conhecido". (TJSP – Remessa Necessária Cível 1012214-63.2022.8.26.0348 – Relator: **Carlos von Adamek** – 2ª Câmara de Direito Público – Data do Julgamento: 28/03/2023).

No mais, não há que se falar em ilegitimidade passiva do ente público em figurar no polo passivo da demanda, uma vez que o direito à saúde é fundamental e dever do Estado, de acordo com o artigo 196 da Constituição Federal. Logo, compete ao Poder Público, indistintamente, prestar ampla assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitam. Trata-se de responsabilidade **solidária** e, assim, pode a parte ajuizar a demanda contra qualquer um dos entes federativos responsáveis. Nesse sentido são as Súmulas nº 37 e 66 deste C. Tribunal de Justiça, que preveem, respectivamente, que *"a ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno"* e *"a responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município"*.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que, quando do julgamento do RE nº 855.178/SE – Tema nº 793, em regime de repercussão geral, e dos embargos de declaração, o C. Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: *"Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são* ***solidariamente responsáveis*** *nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro"* (data do julgamento dos ED: 23 de maio de 2019; data da publicação: 16 de abril de 2020).

Como visto, o referido Tema 793 não afastou a solidariedade dos entes

estatais quanto à obrigação de garantia do direito à saúde. O Supremo Tribunal Federal resguardou ao ente público o direito ao ressarcimento do que foi despendido, se constatado que a obrigação seria de outro ente federativo. Todavia, eventual ressarcimento entre os entes estatais deverá ser pleiteado no âmbito administrativo ou em ação autônoma.

No caso, o autor foi diagnosticado com Transtorno do Espectro Autista, CID 10 F84.0, e pretende o fornecimento gratuito pelo Poder Público dos medicamentos Aripiprazol 10 mg, do laboratório Sandoz, 60 comprimidos por mês; Escitalopram 20 mg, 30 comprimidos por mês; e Amplictil 100 mg, 30 comprimidos por mês. Ocorre que os medicamentos pretendidos não estão previstos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

O presente feito foi proposto em data posterior à conclusão do julgamento do REsp 1.657.156/RJ (*Tema 106 "Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS"*), encontra-se assim redigida, *verbis*: *"A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência"*.

Verifica-se que o C. Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que não existe obrigação incondicionada de o Poder Público fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS.

Ficou assentado que o fornecimento de medicamento não incorporado exige o requisito da respectiva imprescindibilidade e, também, a demonstração de que os fornecidos pelo SUS são ineficazes.

No caso, verifica-se a incapacidade financeira do núcleo familiar do menor para adquirir os medicamentos prescritos, ante o fato de estar sendo representado por advogado do convênio firmado entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Ordem dos Advogados do Brasil. Os medicamentos estão registrados na ANVISA.

Contudo, não se comprovou, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido pelo médico que assiste o menor, a imprescindibilidade dos medicamentos e a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o tratamento da moléstia de que é portador. Os relatórios médicos apresentados (fls. 29 e 30) não fazem qualquer menção à tentativa anterior de uso de medicamentos fornecidos pelo SUS, tampouco de sua ineficácia ao tratamento do requerente, fazendo apenas menção acerca da necessidade de utilização de medicamentos de marcas específicas, já que outras marcas não surtiram os efeitos

Acesso ao Sumário

desejados.

Saliente-se que o requisito para o fornecimento de medicamento fora da lista do SUS não é a sua eficácia, que é inquestionável quando prescrita por médico especializado, mas a ineficácia de todos os demais medicamentos que se encontram na lista do SUS. Desse modo, conclui-se que não houve o preenchimento de requisito necessário para que o Poder Público forneça os medicamentos pleiteados, de modo que é de rigor a reforma a r. sentença.

Diante desse cenário, é evidente que a produção da prova pericial médica se faz necessária para averiguar se os medicamentos prescritos são imprescindíveis ao autor, bem como se possui eficácia superior frente aqueles oferecidas pela rede pública.

Assim tem se posicionado esta C. Câmara Especial:

"APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. MENOR DIAGNOSTICADO COM SÍNDROME DE DOWN E TRANSTORNO DO DÉFICIT DE ATENÇÃO COM HIPERATIVIDADE. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO ARIPIPRAZOL. 1. Sentença que julgou improcedente a pretensão inicial, que visava compelir o Estado de São Paulo e o Município de Franca a fornecerem ao menor o fármaco Aripiprazol 20mg/ml. Insurgência do autor. 2. Julgamento prematuro. Processo sujeito à Tese Vinculante firmada no julgamento do Tema nº 106 do E. STJ. Laudo médico insuficiente. Produção de prova pericial que é necessária para aferição da imprescindibilidade do medicamento postulado pelo apelante. Notas Técnicas emitidas pelo Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-JUS/SP) que não suprem a necessidade de realização de perícia. 3. Sentença anulada de ofício, com determinação, prejudicado o recurso de apelação."

(TJSP; Apelação Cível 1024686-67.2022.8.26.0196; Relatora: **Daniela Cilento Morsello**; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Franca – Vara do Júri/Exec./Inf. Juv.; Data do Julgamento: 18/08/2023; Data de Registro: 18/08/2023)

"Apelação cível – Infância e Juventude – Ação de obrigação de fazer – Fornecimento dos medicamentos Aripiprazol de 10mg comprimido e Aripiprazol de 1mg/ml a menor diagnosticado com autismo nível III de suporte (CID 10 F84.0) – Prescrição médica – Aplicação do Tema 106, do STJ – Divergência a respeito da imprescindibilidade do medicamento e da ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS – Necessidade de produção de prova técnica – Anulação da r. sentença, de ofício, a fim de determinar o retorno dos autos à origem para produção de prova pericial e consequente novo julgamento da causa, mantida a tutela de urgência concedida em primeiro grau – Apelo prejudicado. (TJSP; Apelação Cível 1000324-48.2023.8.26.0266; Relator: **Guilherme Gonçalves Strenger** (Vice-Presidente); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Itanhaém – 3ª Vara; Data do Julgamento: 22/06/2023; Data de Registro: 23/06/2023)

Acesso ao Sumário

Dessa forma, é de rigor a anulação da sentença prolatada a fim de que seja realizada perícia médica pelo Instituto de Medicina Social e Criminológica de São Paulo IMESC, com o objetivo de comprovar a maior eficácia da medicação prescrita ao autor, da inviabilidade das alternativas fornecidas pelo SUS, assim como a possibilidade de utilização de medicamentos genéricos.

Cumpre observar, por último, que, para garantir os interesses do menor, em atenção ao princípio da proteção integral, fica mantida a obrigação imposta ao réu na direção de fornecer os medicamentos prescritos, até a prolação de nova sentença.

Ante o exposto **ANULO** a r. sentença para determinar a realização de perícia por médico do Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo IMESC, com a finalidade de demonstrar a ineficácia das alternativas terapêuticas fornecidas pelo SUS para a moléstia que acomete o menor, a imprescindibilidade das medicações indicadas, assim como a possibilidade ou não de utilização de medicamentos genéricos, ficando prejudicada a apelação.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0042838-55.2023.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA REGIONAL DE COMPETÊNCIA EMPRESARIAL E DE CONFLITOS RELACIONADOS À ARBITRAGEM DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, interessados MERCADÃO DOS ÓCULOS SOL E GRAU FRANCHISING EIRELI, RODRIGO GONZALEZ DE SOUZA FORT e PEDRO BARBIERI JANKOWSKI, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO JOSE DO RIO PRETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, julgaram procedente o conflito, declararam competente o MM. Juízo suscitante (MM. Juiz de Direito da Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da Comarca de São José do Rio Preto – Foro Especializado das 2ª, 5ª e 8ª RAJs). Vencido o 3º Juiz que declara voto", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.448)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMI-

Acesso ao Sumário

NAL).

São Paulo, 18 de dezembro de 2023.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de cobrança em contrato de franquia empresarial – Distribuição ao Juízo da Vara Cível de São José do Rio Preto – Redistribuição ao Juízo Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da mesma Comarca – Possibilidade – O procedimento adotado não é fator preponderante à delimitação da competência – A natureza da relação jurídica subjacente (contrato de franquia) é a base para a definição do Juízo competente – Matéria incluída no rol de competência definido pelo artigo 3º da Resolução OE n. 877/2022, deste Eg. TJSP – Competente o MM. Juízo Suscitante.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo **MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA REGIONAL DE COMPETÊNCIA EMPRESARIAL E DE CONFLITOS RELACIONADOS À ARBITRAGEM DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – FORO ESPECIALIZADO DAS 2ª, 5ª E 8ª RAJS** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO**, em ação de cobrança ajuizada por Mercadão dos Óculos Sol e Grau Franchising Ltda. contra Rodrigo Gonzales de Souza Fort e Pedro Barbieri Jankowski (proc. n. 1053789-12.2023.8.26.0576).

A ação foi distribuída inicialmente ao MM. Juízo Suscitado, que declinou da competência, por reputar competente a Vara Empresarial e de Conflitos relacionados à Arbitragem (fls. 67, proc. de origem).

Contemplado pela redistribuição, o MM. Juízo Suscitante discordou, sob a justificativa de que o objeto da ação é a cobrança de contrato de franquia empresarial, portanto, de cunho obrigacional, não inserida na competência da Vara Especializada (fls. 71/78, proc. de origem).

Designado o Juízo Suscitante para apreciar eventuais medidas urgentes (fls. 09).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, porquanto ambos

Acesso ao Sumário

os Juízos declinaram da competência para conhecer, processar e julgar o pedido (art. 66, II, do CPC).

Respeitado entendimento em sentido contrário, assiste razão ao MM. Juízo Suscitado.

A ação de cobrança ajuizada por Mercadão dos Óculos Sol e Grau Franchising Ltda. contra Rodrigo Gonzales de Souza Fort e Pedro Barbieri Jankowski encontra-se lastreada em contrato de franquia, com vistas à condenação do réu ao adimplemento de valor em aberto a título de royalties, software e taxa de marketing, as quais somam R$ 65.635,00 (fls. 01/11, proc. de origem).

Exsurge dos autos que a relação jurídica de direito material litigiosa está circunscrita a hipótese que se subsume ao preconizado no artigo 3º, da Resolução OE n. 877/2022 do TJSP, que criou, com sede na Comarca de São José do Rio Preto, a Vara Regional Empresarial e de Conflitos relacionados à Arbitragem das 2ª, 5ª e 8ª Regiões Administrativas Judiciárias, a saber:

"Artigo 3º – As Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem criadas nos artigos 1º e 2º terão competência para as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (art. 966 a 1.195) e na Lei nº 6.404/1976 (sociedades anônimas), bem como a propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei nº 9.279/1996, a ***franquia (Lei nº 8.955/1994)****, as falências, recuperações judiciais e extrajudiciais, principais, acessórios e seus incidentes, disciplinados pela Lei nº 11.101/2005, incluídas as ações penais (artigo 15 da Lei estadual nº 3.947/83), assim como as ações decorrentes da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), e, ainda, para as ações principais, acessórias e conexas relativas à matéria prevista nos artigos 13 a 24 da Lei nº 14.193/2021"*[1] **(g.n.)**.

Tem-se, pois, para a definição da competência, que não deve preponderar o procedimento adotado (execução, procedimento comum, especial etc), mas sim o fundamento relevante, a natureza da relação jurídica subjacente que, no caso, é o contrato de franquia, porquanto os fundamentos jurídicos da controvérsia não estarão adstritos à alegada existência do crédito cobrado, mas sim, em última medida, a toda a relação jurídica de direito material adveniente do contrato em voga, cuja matéria está abrangida dentre aquelas eleitas pela Resolução nº 877/2022.

Ademais, a defesa do requerido, evidentemente, não estará vinculada à causa de pedir (remota e próxima) deduzida na petição inicial (inadimplemento e execução, respectivamente), mas sim à própria existência da relação jurídica alegada em relação a eles, o que reforça a competência da Vara Especializada.

Com tais fundamentos, tem-se que as regras processuais e internas desta Egrégia Corte de Justiça devem ser harmonizadas a amparar a competência das Varas Empresariais para o processamento das demandas creditícias que versem

1 https://dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=16&nuDiario=3592&cdCaderno=10&nuSeqpa gina=8

sobre as matérias arroladas na Resolução nº 877/2022, até por se caracterizarem como ações principais.

O fato de se tratar de uma ação de cobrança, por si só, não é suficiente para afastar a competência das Varas Empresariais, até porque, certamente, a discussão, se vier a ser ampliada na origem, certamente se referirá às obrigações assumidas e as questões reflexas ao instrumento que fundamenta a demanda (contrato de franquia – fl. 13/53).

Com efeito, para a definição da competência, nesses casos, não é o procedimento adotado o fundamento relevante, e sim a natureza da relação jurídica subjacente que, no caso, é o contrato de franquia, porquanto os fundamentos jurídicos da controvérsia não estarão adstritos à alegada existência do crédito cobrado, mas sim, em última medida, a toda a relação jurídica de direito material adveniente do contrato em voga.

Isso porque a defesa dos requeridos, evidentemente, não estará vinculada à causa de pedir (remota e próxima) deduzida na petição inicial (inadimplemento), o que reforça a competência da Vara Especializada.

Esse é o entendimento desta Colenda Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de execução de título extrajudicial. Crédito oriundo de contrato de franquia. Royalties. Taxa do fundo de propaganda. Vara Cível e Vara Empresarial. Causa de pedir fundada em contrato empresarial em questão, regido por lei própria (n.º 13.966/2019). Resolução nº 877/2022 do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça. Precedentes desta E. Câmara Especial. Conflito conhecido para declarar a competência do I. Juízo da Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem das 2ª, 5ª e 8ª Regiões Administrativas Judiciárias – RAJs (suscitante)." (TJSP; Conflito de competência cível 0039478-15.2023.8.26.0000; Relatora: Silvia Sterman; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Especializado das 2ª, 5ª e 8ª RAJs – Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem; Data do Julgamento: 22/11/2023; Data de Registro: 22/11/2023) – Também sob a mesma Relatoria o Conflito de competência cível 0024228-39.2023.8.26.0000; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Especializado 1ª RAJ/7ª RAJ/9ª RAJ – 1ª Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem; Data do Julgamento: 29/08/2023; Data de Registro: 30/08/2023).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de rescisão contratual, devolução dos valores pagos e indenização por danos morais, lastreada em contrato de franquia – Distribuição ao Juízo da Vara Cível de São José do Rio Preto – Redistribuição ao Juízo Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da mesma Comarca – Possibilidade – O procedimento adotado não é fator preponderante à delimitação da competência – A natureza da relação jurídica subjacente (contrato de franquia) é a base para a definição do

Acesso ao Sumário

Juízo competente – Matéria incluída no rol de competência definido pelo artigo 3º da Resolução OE n. 877/2022, deste Eg. TJSP – Competente o MM. Juízo Suscitante". (TJSP; Conflito de competência cível 0041621-74.2023.8.26.0000; dessa Relatoria; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Especializado das 2ª, 5ª e 8ª RAJs – Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem; Data do Julgamento: 22/11/2023; Data de Registro: 22/11/2023). Idem: Conflito de competência cível 0033743-98.2023.8.26.0000; dessa Relatoria; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Especializado das 2ª, 5ª e 8ª RAJs – Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem; Data do Julgamento: 03/10/2023; Data de Registro: 04/10/2023.

"Conflito de negativo de competência – Ação de cobrança – Demanda decorrente de contrato de franquia – Distribuição à Justiça Cível comum – Impossibilidade – Matéria disciplinada pelo Código Civil – Inteligência dos artigos 991 a 996 do referido diploma – Competência das Varas Empresariais – Observância do art. 3º da Resolução nº 877/2022 do C. Órgão Especial – Natureza jurídica subjacente verificada em função do contrato entabulado entre as partes – Precedentes – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitante." (TJSP; Conflito de competência cível 0034578-86.2023.8.26.0000; Relator: Francisco Bruno (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Especializado das 2ª, 5ª e 8ª RAJs – Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem; Data do Julgamento: 24/10/2023; Data de Registro: 24/10/2023).

Traga-se, ainda, recente julgado do Grupo Especial da Seção do Direito Privado deste Eg. TJSP:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊCIA – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE FRANQUIA – ***AÇÃO DE COBRANÇA. A competência se fixa pela causa de pedir. Hipótese na qual a demanda se funda em contrato de franquia (Lei nº 8.955/1994). Competência preferencial reservada às Câmaras Reservadas de Direito Empresarial.*** *Conflito de competência procedente para reconhecer a competência da Colenda Câmara suscitada (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial), para apreciar e julgar a matéria questionada."* (TJSP; Conflito de competência cível 0021338-30.2023.8.26.0000; Relator: Marcondes D'Angelo; Órgão Julgador: Grupo Especial da Seção do Direito Privado; Foro Central Cível – 11ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/08/2023; Data de Registro: 17/08/2023) – g.n.

Nessa espia, tenho que as regras processuais e internas desta Egrégia Corte de Justiça devem ser harmonizadas a amparar a competência das Varas Empresariais para o processamento de demandas tais que versem sobre as matérias arroladas na Resolução nº 877/2022, até por se caracterizarem como ações principais.

Acesso ao Sumário

Com isto, **julga-se procedente o conflito, competente o MM. Juízo suscitante (MM. Juiz de Direito da Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da Comarca de São José do Rio Preto – Foro Especializado das 2ª, 5ª e 8ª RAJs).**

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 56.460)

Ementa; CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de Cobrança (Contrato de Franquia) – Autos distribuídos à 5ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto – Remessa à Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da Comarca de São José do Rio Preto – Descabimento – Matéria não inserida na competência das Varas Empresariais – Inteligência do artigo 2º da Resolução 763/2016, deste E. TJSP – Discussão que se insere no âmbito do Direito Obrigacional – Precedentes – Competência afeta às Varas Cíveis – Conflito conhecido para declarar a competência do MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto, suscitado.

VISTOS.

Trata-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo MM. Juízo de Direito da Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da Comarca de São José do Rio Preto em face do MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto, nos autos da *Ação de Cobrança* ajuizada por Mercadão dos Óculos Sol e Grau Franchising Eireli em face de Rodrigo Gonzalez de Souza Fort e outro.

É o relatório.

Em que pese o brilho dos argumentos, sempre lúcidos, do eminente Relator Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, ouso deles divergir, pois entendo ser o caso de conhecimento do presente conflito para declarar-se o MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto (suscitado) competente para o processamento da demanda.

Pois bem.

De início, conheço do conflito negativo de competência, com fundamento no artigo 66, inciso II, do Código de Processo Civil, eis que ambos os Juízos negam competência para o julgamento do feito.

Acesso ao Sumário

Verifico, contudo, que o presente conflito é suscitado em *Ação de Cobrança*, na qual se objetiva, em síntese, o recebimento de valores decorrentes de contrato de franquia empresarial (fls. 01/11 dos autos de origem).

Como é cediço, a competência das Varas Empresariais e de Conflitos de Arbitragem da Capital é fixada pela Resolução nº 763/2016, deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"*Art. 2º As Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem da Comarca da Capital terão competência para as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1.195) e na Lei n. 6.404/1976 (sociedades anônimas), bem como a propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei n. 9.279/1996, a franquia (Lei n. 8.955/1994) e as ações decorrentes da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), cessando, em relação às últimas, a competência das Varas de Falências e Recuperações Judiciais da Capital e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da Capital, que passam a se chamar 1ª, 2ª e 3ª Varas de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital*".

Com efeito, a sobredita norma definiu, especificamente, a competência das Varas Empresariais para processar e julgar ações que versem sobre relações contratuais relativas à matéria societária, propriedade industrial e franquia.

Vale lembrar que a jurisprudência desta C. Câmara Especial se firmou no sentido de realizar interpretação restritiva das normas que definem a competência das Varas Especializadas, "*a fim de evitar indiscriminada ampliação da sua competência*" (Conflito de Competência Cível nº 0020839-80.2022.8.26.0000, Rel. Wanderley José Federighi, DJe 12.07.2022).

Logo, as relações contratuais que não se relacionem às matérias elencadas na norma, como é o caso dos autos, em que se pretende a cobrança de valores, ainda que decorrentes de contrato de franquia, não se inserem em tal competência, mas no âmbito do direito obrigacional.

Nesse sentido:

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação monitória distribuída ao MMº. Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos – Declinação da competência – Redistribuição ao MMº. Juiz da 1ª Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da comarca de São Paulo – Não cabimento – Matéria não inserida na competência das Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem da 1ª Região Administrativa Judiciária, estabelecida pelo artigo 1º da Resolução nº 825/2019 – Pretensão autoral de natureza obrigacional – Precedentes desta E. Câmara Especial – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitado (MMº. Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos).*" (TJSP; Conflito de competência cível 0017058-16.2023.8.26.0000; Relatora: Ana Luiza Villa Nova; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Guarulhos – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento:

Acesso ao Sumário

03/07/2023; Data de Registro: 03/07/2023).

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação monitória com lastro em contrato de franquia. Matéria não afeta à competência das varas empresariais e de conflitos relacionados à arbitragem da Capital, disciplinada no art. 2º da Res. Nº 763/16 desse E. TJSP. Competência do Juiz suscitado da 42ª Vara Cível do Foro Central da Capital.*" (TJSP; Conflito de competência cível 0002564-83.2022.8.26.0000; Relator: Beretta da Silveira (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional VIII – Tatuapé – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/01/2022; Data de Registro: 31/01/2022).

"*Conflito Negativo de Competência – Ação monitória – Cobrança de créditos oriundo de contrato de franquia – Livre distribuição à 10ª Vara Cível – Redistribuição à Vara Empresarial e de Conflitos de Arbitragem – Descabimento – Matéria não inserida na competência das Varas Empresariais – Rol do artigo 2º da Resolução OE nº 763/2016 deste E. Tribunal que deve ser observado – Artigo 6º da Resolução 623/2013 – Resolução nº 763/2016 que evidencia a necessidade de simetria entre a competência da Vara empresarial e das Câmaras Reservadas – Precedentes – Procedente o conflito – Competência do MM. Juízo suscitado.*" (TJSP; Conflito de competência cível 0040418-82.2020.8.26.0000; Relator: Magalhães Coelho (Pres. da Seção de Direito Público; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – 1ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 20/11/2020; Data de Registro: 20/11/2020).

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de cobrança referente a créditos oriundos de contrato de franquia. Discussão de cunho obrigacional. Demanda que, nos termos do artigo 2º, da Resolução nº 763/16, escapa à competência das Varas Empresariais da Capital. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 37ª Vara Cível da Capital, ora suscitado.*" (TJSP; Conflito de competência cível 0041639-37.2019.8.26.0000; Relator: Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – 1ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 09/03/2020; Data de Registro: 11/03/2020).

"*Conflito negativo de competência. Ação monitória. Distribuição à 29ª Vara Cível do Foro Central. Remessa à 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Ausência de discussão envolvendo direito empresarial. Irrelevância da relação das partes decorrer de contrato de franquia. Ação de execução proposta tem por objetivo o recebimento de valores ali convencionados. Inexistência de discussão acerca do próprio contrato, mas apenas de seu adimplemento. Matéria não incluída no rol de competência definido no artigo 2º da Resolução do Órgão Especial nº 763/2016. Conflito julgado procedente. Competência do suscitado (29ª Vara Cível do Foro Central).*" (TJSP; Conflito de competência cível 0045019-68.2019.8.26.0000; Relatora: Ana Lucia Romanhole Martucci; Órgão Jul-

Acesso ao Sumário

gador: Câmara Especial; Foro Central Cível – 1ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 14/11/2019; Data de Registro: 14/11/2019).

"*Conflito negativo de competência. Ação de cobrança lastreada em contrato de franquia. Distribuição da demanda à 4ª Vara Cível do Foro Regional de Vila Prudente. Remessa à 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Descabimento. Não se discute matéria afeta à Lei de Franquia (Lei nº 8.955/1994). Inexistência de discussão acerca do próprio contrato, mas apenas de seu adimplemento. Matéria não incluída no rol de competência definido no artigo 2º da Resolução do Órgão Especial nº 763/2016. Conflito julgado procedente. Competência do suscitado (4ª Vara Cível do Foro Regional de Vila Prudente).*" (TJSP; Conflito de competência cível 0015388-79.2019.8.26.0000; Relatora: Ana Lucia Romanhole Martucci; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional IX – Vila Prudente – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/06/2019; Data de Registro: 04/06/2019).

Esse posicionamento também já foi adotado em matéria de competência recursal:

"*Competência recursal – Ação de cobrança – Discussão sobre obrigação assumida em sede de distrato de contrato de franquia – Transporte de mercadorias retiradas – Multa fiscal – Reembolso – Inexistência de litigiosidade sobre a franquia propriamente dita – Matéria afeta a competência de uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado (Resolução nº 623/2013, art. 5º) – Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição.*" (TJSP; Apelação Cível 1024713-05.2018.8.26.0224; Relator: Maurício Pessoa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guarulhos – 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/09/2019; Data de Registro: 24/09/2019).

"*CONFLITO DE COMPETÊNCIA – EXECUÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO. Ação de cobrança referente a créditos oriundos de contrato de franquia. Discussão de cunho obrigacional e não propriamente do pacto firmado entre as partes. Demanda que escapa à competência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. (Artigo 6º, da Resolução nº 623/2013). Assim, os autos devem ser remetidos a 16ª Câmara de Direito Privado (suscitada) que têm competência para conhecer da matéria questionada.*" (TJSP; Conflito de competência cível 0013036-46.2022.8.26.0000; Relator: Marcondes D'Angelo; Órgão Julgador: Grupo Especial da Seção do Direito Privado; Foro Regional XI – Pinheiros – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/07/2022; Data de Registro: 05/07/2022).

Portanto, em hipóteses como tais, a competência deve ser dirigida às Varas Cíveis e não às especializadas de Direito Empresarial.

Ante o exposto, por meu voto, *CONHEÇO* do conflito negativo de competência e *DECLARO* a competência do MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível

Acesso ao Sumário

da Comarca de São José do Rio Preto, suscitado.
GUILHERME G. STRENGER, Desembargador Vice-Presidente

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 2337400-38.2023.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante BIOFAST MEDICINA E SAÚDE LTDA – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL e interessado MUNICÍPIO DE GUARULHOS, são suscitados JUÍZO DO SETOR DE ANEXO FISCAL DA COMARCA DE GUARULHOS e JUÍZO DA 2ª VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DA COMARCA 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. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.141)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 18 de janeiro de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. Execução Fiscal. Conflito suscitado pela parte, empresa em recuperação judicial. Ação que tramita perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Capital. Execução fiscal, a seu turno, que tramita perante o Juízo da Vara de Execuções Fiscais de Guarulhos, em que foi determinada a penhora *on line* de contas bancárias. Arguição da suscitante de competência absoluta do Juízo Universal da recuperação judicial para apreciar medidas constritivas. Inexistência de conflito entre os Juízes suscitados acerca de um mesmo processo. Inocorrência das hipóteses do art. 66 do CPC. Precedentes desta Câmara Especial e do Col. STJ. Conflito não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de **conflito positivo de competência** suscitado por **BIOFAST MEDICINA E SAÚDE LTDA. (em recuperação judicial)** em face do **MM. JUIZ DO SETOR DE ANEXO FISCAL DE GUARULHOS**, no qual tramita a execução fiscal nº 1546511-96.2017.8.26.0224 e do **MM. JUIZ DA 2ª VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DE SÃO PAULO**, na qual tramita a recuperação judicial nº 1074027-35.2017.8.26.0100.

Aduz a suscitante que teve o processamento da recuperação judicial deferido perante o Juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital. Sustenta que o Município de Guarulhos ajuizou a execução fiscal nº 1546511-96.2017.8.26.0224, oriunda de multas administrativas, que tramita perante o Juízo da Vara de Execuções Fiscais de Guarulhos, em que foi determinada a penhora *on line* das suas contas bancárias para satisfação do crédito até o limite de R$ 2.934.935,66. Defende que, por se tratar de crédito de natureza não tributária, não se aplica o artigo 187 do Código Tributário Nacional e, estando sujeito aos efeitos da recuperação judicial, referido crédito já foi habilitado nos autos nº 1074027-35.2017.8.26.0100, na classe III, pelo valor de R$ 2.473.071,15. Assim, requer a atribuição de efeito suspensivo, para o fim de suspender a execução fiscal até o julgamento do incidente e, ao final, seja reconhecida a incompetência absoluta do Juízo do Setor de Execuções Fiscais de Guarulhos, submetendo-se o crédito ao Plano de Recuperação Judicial.

É O RELATÓRIO.

O conflito de competência não deve ser conhecido.

Nos termos do art. 66, inciso I, do Código de Processo Civil, há conflito positivo de competência quando: *"I – 2 (dois) ou mais juízes se declaram competentes"*.

No presente caso, porém, não existe tal conflito.

Ora, para que haja um conflito positivo ou negativo de competência, dois ou mais Juízes devem entender que são competentes para o julgamento da mesma causa.

No caso concreto, os Magistrados deram-se por competentes apenas para processar os feitos em trâmite nas suas respectivas Varas. Eles proferiram decisões em seus próprios processos sem que qualquer um deles tenha avocado os autos do outro Juízo.

Desse modo, as decisões dos suscitados devem ser combatidas em seus respectivos autos, mas não configuram um conflito de competência.

Nesse sentido, já decidiu esta E. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Conflito suscitado pela parte – Execução fiscal – Empresa executada em recuperação judicial – Decisão do juízo das execuções fiscais que indeferiu o pedido de suspensão e manteve a possibilidade de constrição de bens pertencentes à recuperanda – Pretensão que o Juízo da Falência seja declarado compe-

tente, com a consequente determinação de suspensão da decisão proferida pelo juízo das execuções fiscais – Impossibilidade – Decisão sujeita a recurso próprio – Inexistência de dois ou mais juízos declarando-se competentes para o julgamento de um mesmo processo – Inocorrência da hipótese prevista no art. 66, inciso I, do CPC – Observância à alteração feita pela Lei nº 14.112/2020 ao artigo 6º da Lei de Falências que, por seu turno, autoriza o Juízo Recuperacional, caso entenda pertinente, a decidir sobre a suspensão dos atos de constrição (§§ 7ª-A e 7º-B) – Precedentes – Conflito não conhecido." (TJSP; Conflito de competência cível 2327544-50.2023.8.26.0000; Relator: **Wanderley José Federighi** (**Pres. da Seção de Direito Público**); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Capão Bonito – SEF – Setor das Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 13/12/2023).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Pedido de recuperação judicial que tramita perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré, e execução de título extrajudicial em curso na 18ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital – Incidente suscitado pela parte em recuperação judicial – Pretensão de deslocamento da competência para Juízo onde processada a recuperação judicial – Faculdade legal de suscitar conflito de competência conferida a qualquer das partes, prevista no art. 951 do CPC, desde que a instauração se enquadre nas hipóteses previstas no art. 66 do mesmo diploma – Ausência, no caso, de conflito entre os juízos apontados pela suscitante, eis que nenhum deles disputa a competência ou a incompetência de um mesmo processo – Precedentes desta C. Câmara Especial – Conflito não conhecido." (TJSP Câmara Especial Conflito de Competência Cível nº 2295307-94.2022.8.26.0000 Rel. Desª. **Ana Luiza Villa Nova** – j. em 26.05.2023 DJe 16.06.2023 V.U.).

E também o Col. STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONFLITO POSITIVO. DESCABIMENTO DO INCIDENTE COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II – Verifica-se não haver conflito positivo ou negativo entre Juízos, sendo inviável o conhecimento do presente incidente, porquanto ausente pressuposto de admissibilidade. III – **Para a caracterização do conflito de competência é necessário que os juízos divirjam a respeito da competência para exame de uma mesma demanda ou sobre a reunião ou separação de processos**. IV – O conflito de competência não é meio idôneo ao julgamento do mérito da causa, tampouco pode ser utilizado como sucedâneo recursal V – Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. VI – Agravo Interno im-

Acesso ao Sumário

providido." (STJ Primeira Seção AgInt no CC 139.846/DF Rel. **Min. Regina Helena Costa** j. 13.12.2017 DJe 16.02.2018 V.U. destaques

Importante realçar que o conflito de competência tem finalidade própria (que é – com exclusividade – dirimir a dúvida acerca de a quem cabe processar e julgar determinada ação ou recurso), não se prestando a resolver questões de mérito da causa, que somente podem ser atacadas por meio dos apropriados meios recursais.

Cumpre citar precedentes do Col. STJ a esse respeito:

"PROCESSUAL CIVIL. QUESTÃO DE ORDEM. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADO APÓS O INÍCIO DO JULGAMENTO DO PROCESSO OBJETO DA REFERIDA ARGUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DO EXAME. OCORRÊNCIA DA PRECLUSÃO. PLEITO EXTEMPORÂNEO CUJO ACOLHIMENTO CAUSARIA TUMULTO PROCESSUAL. EFEITO MULTIPLICADOR DAS DECISÕES DO STJ. LIMITES DA COGNIÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1. Não cabe o exame de Arguição de Inconstitucionalidade ajuizada após o início do julgamento do processo objeto do referido incidente. Precedentes deste Sodalício. 2. É impossível, na espécie, que se julgue na Corte Especial o agravo interno interposto contra a decisão singular que inadmitiu liminarmente incidente precluso, sob pena de postergar-se o final do julgamento do conflito de competência relativo a vários recursos especiais da Primeira e Segunda Seção. 3. O acolhimento do pedido em questão causaria situação inusitada, qual seja, o julgamento ainda não finalizado deste conflito de competência seria interrompido por outro julgamento, nos mesmos autos, em torno de incidente de arguição de inconstitucionalidade notoriamente extemporâneo e descabido. 4. A solução adotada nesta ocasião pelo Superior Tribunal de Justiça, através da Corte Especial, possuirá natural efeito multiplicador. Por isso, entende-se que o exame colegiado de recurso interposto contra decisão monocrática pela qual foi rejeitado liminarmente incidente processual manifestamente infundado ajuizado durante julgamento ainda não finalizado, provocaria grande atraso e prejuízo na prestação jurisdicional dos Tribunais de todo País, caso o pedido ora formulado fosse acolhido nesta oportunidade. 5. **O conflito de competência, segundo entendimento remansoso da jurisprudência e da doutrina, tem sua cognição restrita à definição do juízo apto a prestar a jurisdição em determinado processo, consubstanciando tal limite respeito ao princípio constitucional do juiz natural, não podendo este incidente processual ser utilizado como sucedâneo recursal ou para se obter, por via transversa, a análise da controvérsia estabelecida no processo do qual se originou.** 6. Indeferimento do pedido formulado na petição n. 617.831/2017, ficando prejudicado o exame do agravo interno de fls. 1.498/1.502, com a consequente restituição do feito ao Excelentíssimo Senhor Ministro Luis Felipe Salomão, para análise decorrente de pedido de vista." (STJ – Corte Especial QO na PET no CC 140.456/RS – Rel. Min. **Jorge Mussi** – j.

Acesso ao Sumário

19.09.2018 – DJe 05.11.2018 – V.U. – **destaques** nossos).

"AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE DE SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. REGISTRO DE ESCRITURA DE COMPRA E VENDA. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO, DE ENTIDADE AUTÁRQUICA OU DE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL (ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). SÚMULAS N. 150, 224 E 254/STJ. ANÁLISE DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas pública. Súmulas n. 150, 224 e 254 do STJ. 2. **O conflito positivo de competência não se presta para aferir a inteireza e legitimidade de deliberações dos juízos suscitados, nem para pronunciar sobre o acerto ou desacerto de decisões proferidas no âmbito das demandas que deram origem a sua instauração.** 3. Agravo regimental desprovido." (STJ – Segunda Seção – AgRg no CC 130.677/ES – Rel. **Min. João Otávio de Noronha** – j. 12.02.2014 – DJe 17.02.2014 – V.U. – **destaques** nossos).

E nem se argumente, por fim, que o incidente disparado poderia encontrar abrigo no art. 951 do Código de Processo Civil, que prevê que *"O conflito de competência pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo juiz"*.

A erronia de interpretação do mencionado comando, compreendida a visão da Suscitante, está na leitura literal do texto, deixando-se de se ater à índole do instituto.

De fato, permitir a arguição, a critério do Ministério Público ou da parte, não significa afirmar que qualquer deles possa se apartar das duas hipóteses de cabimento, vale dizer, quando houver impasse entre dois órgãos jurisdicionais, quer pela concomitante aceitação da competência da causa ou do recurso (conflito positivo), quer pela simultânea rejeição (negativo).

A inteligência desse dispositivo converge à licença de a parte somente poder propor o conflito quando dois ou mais órgãos jurisdicionais se disserem competentes ou negarem a competência.

Portanto, a situação atual impede o conhecimento deste incidente, notadamente porque os predicados do conflito de competência, renove-se, não se encontram manifestos.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0045222-88.2023.8.26.0000, da Comarca de São João da Boa Vista, em

que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA.

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 3ª Vara Cível da Comarca de São João da Boa Vista. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 121.662)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (VICE-PRESIDENTE – Convocado) (Presidente sem voto), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO – Convocado) e FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL – Convocado).

São Paulo, 19 de janeiro de 2024.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado – Convocado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de arbitramento de aluguel c.c. cobrança de valores e indenização por danos morais. Distribuição livre para a 3ª Vara Cível de São João da Boa Vista. Remessa dos autos para a 2ª Vara Cível local, onde tramitou a ação de extinção de condomínio. Impossibilidade. Ações de natureza jurídica e fundamentos distintos. Ausência de conexão. Precedentes da Câmara Especial. Competência do MM. Juiz de Direito suscitado da 3ª Vara Cível da Comarca de São João da Boa Vista.

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de competência** suscitado pelo **MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL**, ambos da **COMARCA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA**, nos autos da ação de arbitramento de aluguel, cumulada com cobrança de valores e indenização por danos morais nº 1007778-46.2023.8.26.0568, proposta por *F. de A. B.* contra *L. F. de A. B.*

Argumenta o suscitante que a ação de extinção de condomínio, em relação ao imóvel *subjudice*, que envolveu as mesmas partes, torna o juízo suscitado prevento, segundo os ditames do artigo 59 do Código de Processo Civil.

Não há interesse que justifique a intervenção da douta Procuradoria Geral de Justiça no feito.

Acesso ao Sumário

É O RELATÓRIO.

Está configurado o conflito negativo de competência, pois ambos os Juízes se consideraram incompetentes para processar e julgar a ação, nos termos do art. 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão ao Juízo suscitante.

Cuida-se de ação de extinção de arbitramento de aluguel, cumulada com cobrança de valores e indenização por danos morais, proposta por *F. de A. B.* em face de *L. F. de A. B.*, livremente distribuída para a 3ª Vara Cível da Comarca de São João da Boa Vista.

O MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível declinou da competência e determinou a remessa dos autos para a 2ª Vara Cível local, por prevenção à ação nº 1001786-46.2019.8.26.0568 que lá tramitou, em consonância ao disposto no artigo 59 do Código de Processo Civil (fls. 27 da origem).

Recebidos os autos, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de São João da Boa Vista suscitou o conflito de competência (fls. 37/38 da origem).

Num primeiro momento, a autora *L. F. de A. B.* propôs ação de extinção de condomínio em face do Espólio de *E. G. B.* e herdeiros *O. G. B. N.*, *A. G. B. M* e *F. de A. B.*, na qual ocorreu a homologação do acordo realizado entre as partes para extinção dos quatro condomínios, sendo deferido o pedido de cancelamento da cláusula de alienação dos bens imposta pela testadora, que pesava sobre os quatro imóveis que lhe foram sucedidos por testamento, nas seguintes frações: 1/3 (ou 16,666%) de 50% do prédio residencial (casa e terreno) situado na Rua Hélio Corrêa da Fonseca (antiga Rua Um), nº 56, matrícula nº 17.215, Livro 2, junto ao CRI local, cadastrado na prefeitura com a inscrição nº 0010.0001.0620.0001; 1/3 (ou 16,666%) de 50% do imóvel residencial padrão popular situado em Conceição de Aparecida/MG, na Rua Cruzeiro, n.º 605, matrícula n.º 6.157, Livro 2, junto ao CRI de Carmo do Rio Claro/MG, cadastrado na prefeitura daquela cidade com a inscrição n.º 000000001.02.056.0009.00; 1/3 (ou 16,666%) de 50% do imóvel residencial situado em Conceição de Aparecida/MG, na Rua Governador Valadares, n.º 151, matrícula nº 9.153, Livro 2-AT, junto ao CRI de Conceição de Aparecida/MG, cadastrado na prefeitura daquela cidade com a inscrição nº 000000001.02.018.0333.00 e, por fim, 1/3 (ou 16,666%) de 50% do terreno urbano sem benfeitorias situado em Conceição de Aparecida/MG, na Rua Amarílio Lopes de Oliveira, quadra 056, lote 0310, setor 02, matrícula nº 7.867, Livro 2-AK, junto ao CRI de Carmo do Rio Claro/MG, cadastrado na prefeitura daquela cidade com a inscrição nº 000000001.02.056.0310.001. O trânsito em julgado em 22 de julho de 2022 (fls. 2/4, 252/253, 300/302 e 310 dos autos nº 1001786-46.2019.8.26.0568).

Acesso ao Sumário

Já a ação distribuída para a 3ª Vara Cível foi proposta por *F. de A. B.* em *L. F. de A. B.*, visando o arbitramento de aluguel, em relação ao imóvel localizado na Hélio Corrêa da Fonseca, nº 56, Centro, situado na Cidade de São João da

Boa Vista, bem como a cobrança de valores e indenização por danos morais (v. petição inicial a fls. 01/08 dos autos nº 1007778-46.2023.8.26.0568).

No caso em tela, a ação de extinção de condomínio e a ação de arbitramento de aluguel cumulada com cobrança de valores e indenização por danos morais têm naturezas jurídicas e fundamentos distintos, inexistindo conexão entre elas que corrobore a arguição de prevenção do juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de São João da Boa Vista.

Ressalta-se que a demanda de extinção de condomínio já se encontra finda, com trânsito em julgado.

Dessa forma, a hipótese não se amolda a regra prevista no parágrafo 3º, do artigo 55 do Código de Processo Civil, que dispõe:

"Art. 55 – Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

§ 3º – 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".

Em consequência, não se tratando de identidade de pedidos e causas de pedir, ou risco de prolação de decisões conflitantes, a ação deve tramitar no Juízo para onde foi livremente distribuída.

Nesse sentido, precedentes dessa E. Câmara Especial:

"Conflito Negativo de Competência – Ação de extinção de condomínio para posterior alienação judicial de coisa – Distribuição livre ao Juízo da 1ª Vara Cível de Jacareí – Redistribuição ao Juízo da 2ª Vara Cível da mesma Comarca, em razão de anterior ação de arbitramento de aluguéis – Medida equivocada – Pretensão visando à extinção de condomínio – Ação de natureza autônoma – Ausência de conexão – Precedentes – Procedente o conflito – Competente o Juízo Suscitado. (TJSP – Câmara Especial – Conflito de Competência Cível nº 0028414-42.2022.8.26.0000 – Rel. Des. **Wanderley José Federighi** [Pres. da Seção de Direito Público] – j. em 23.09.2022 – DJe 23.09.2022 – V.U.).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de extinção de condomínio e alienação judicial. Redistribuição ao juízo da ação de cobrança e arbitramento de aluguéis. Ausência de identidade de causas de pedir e pedidos. Inexistência de conexão e de risco de decisões conflitantes. Competência do Juiz suscitado da 2ª Vara Cível do Foro Regional de São Miguel Paulista. (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0019444-24.2020.8.26.0000 – Rel. Des. Dimas Rubens Fonseca [Pres. da Seção de Direito Privado] – j. em 08.07.2020 – Dje 08.07.2020 – V.U.)

Ante o exposto, **CONHEÇO DO CONFLITO NEGATIVO** para **DECLARAR** a competência do **MM. Juiz de Direito suscitado da 3ª Vara Cível da Comarca de São João da Boa Vista.**

Comunique-se e cumpra-se, com urgência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0037855-13.2023.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE SUZANO, é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM DO CONFLITO NEGATIVO para declarar a competência da MMª. Juíza de Direito suscitada da 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.223)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Medida cautelar de busca e apreensão e inquérito policial para apuração da suposta prática dos delitos previstos nos arts. 241-A e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, relacionados ao compartilhamento virtual de materiais de pornografia infantil entre um grupo de pessoas determinadas e conhecidas. Distribuição para o Juízo suscitado, que se declarou incompetente para apreciar os pedidos de busca e apreensão relativamente aos endereços localizados fora da comarca. Desmembramento do inquérito originário, com distribuição do feito desmembrado ao Juízo suscitante. Medida desacertada. Conexão caracterizada, nos termos do art. 76, III, do CPP. Necessidade de análise conjunta de todas as provas produzidas no procedimento investigatório. Prevenção do juízo suscitado, que deferiu a medida cautelar postulada. Inteligência do art. 83 do CPP. Competência da Juíza da 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de **conflito negativo de jurisdição** suscitado pelo **MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE SUZANO** em face da **MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO**, nos autos do inquérito policial sob nº (...), instaurado para apuração da suposta prática dos delitos previstos nos arts. 241-A e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, relacionados ao compartilhamento de materiais de pornografia infantil entre grupo de pessoas determinadas e conhecidas, através de redes ponto a ponto e internet não indexada (*Deep Web*).

Argumenta que os fatos apurados no presente se referem ao compartilhamento de imagens e vídeos de pornografia infantil entre pessoas já conhecidas e determinadas, tendo a Autoridade Policial suspeita de que todos os investigados o fazem diretamente entre eles. Assevera que não se trata de compartilhamento entre desconhecidos, mas sim de trocas em que uma pessoa pede determinada imagem ou vídeo e outra especificamente a atende, o que demonstra que são apurados crimes em coautoria, e não diferentes crimes de mesma espécie com diferentes autores. Ressalta que o inquérito policial foi instaurado perante o juízo suscitado, que já deferiu a busca e apreensão em alguns endereços. Aduz que, dessa forma, incide à hipótese a regra do art. 76, III, do CPP, que determina a conexão e, com isso, a prevenção do juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, que já deferiu medida investigativa, conforme disposto no art. 83 do CPP.

Processado o conflito de jurisdição, a Juíza de Direito suscitada da 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo foi designada para apreciar as medidas urgentes.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela competência da Juíza suscitada da 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo.

É O RELATÓRIO.

Está configurado o conflito negativo de jurisdição, pois ambos os Juízes se consideraram incompetentes para conhecer da causa, nos termos do art. 114, inciso I, do Código de Processo Penal.

Assiste razão ao Juiz suscitante.

Trata-se de inquérito policial instaurado para apuração da prática dos crimes previstos nos arts. 241-A e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, relacionados ao compartilhamento virtual de materiais de pornografia infantil entre os investigados.

Ao que consta, a autoridade policial do 8º DP de São Bernardo do Campo conduziu as investigações no âmbito de um único inquérito policial (sob nº (...)), formulando pedido de medida cautelar de busca e apreensão domiciliar de computadores, aparelhos celulares e tablets de dez investigados, para cumprimento em endereços situados nas comarcas de Santo André, Mauá, São Bernardo do Campo, Suzano e São Paulo (sob nº (...)).

Acesso ao Sumário

O expediente foi distribuído para o Juízo da 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, o qual, após manifestação do Ministério Público oficiante em primeiro grau, deferiu o pedido de busca e apreensão somente para os endereços localizados na comarca, declarando-se incompetente para apreciar os pedidos relativos aos demais endereços.

Diante disso, houve o desmembramento do inquérito originário, com distribuição dos feitos desmembrados nas demais comarcas, para fins de apuração dos mesmos fatos, entre os quais se encontram o inquérito policial de origem (Autos nº (...)) e pedido de medida cautelar correlata de busca e apreensão (Autos nº (...)), relativamente aos alvos situados especificamente na comarca de Suzano.

O Juiz da 2ª Vara Criminal de Suzano, contudo, ao receber ambos os expedientes, suscitou o presente conflito.

Conforme se verifica dos autos, os fatos apurados no presente se referem ao compartilhamento direto de imagens e vídeos de pornografia infantil entre um grupo de pessoas determinadas e conhecidas, as quais, ao que consta da investigação, trocavam diretamente conteúdos entre si. Não se trata, portanto, como apontado pelo Juízo suscitante, de compartilhamento de material entre meros desconhecidos.

Nesse sentido, aponta-se que foi constatada relação direta de compartilhamento de arquivos entre os alvos 1, 2, 3, 4, 5 e 8, com o mesmo código *hash*, e que há identidade dos termos de buscas utilizados pelos alvos 6 e 7 (fl. 40 da origem), trazendo indícios da existência de crimes em coautoria.

Assim, não há dúvidas de que há conexão entre o feito desmembrado e o inquérito policial originário, diante do entrelaçamento de provas entre os crimes praticados pelos investigados, que podem influenciar umas nas outras.

Mostra-se acertada, portanto, nos termos do disposto no art. 76, inciso III, do Código de Processo Penal[2], o reconhecimento da conexão, com a análise conjunta de todas as provas produzidas no procedimento investigatório.

E, em sendo este o caso, com fundamento no art. 83 do Código de Processo Penal[3], trata-se de hipótese de reconhecer a prevenção do Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, que já deferiu medida cautelar de busca e apreensão nos Autos nº (...).

Neste sentido, leciona RENATO BRASILEIRO LIMA que "*no âmbito criminal, qualquer ato do processo praticado pelo magistrado que contenha certa carga decisória, ainda que anterior ao oferecimento da peça acusatória,*

Acesso ao Sumário

2 O art. 76, III, do Código de Processo Penal assim dispõe: *"Art. 76. A competência será determinada pela conexão: [...] III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração".*

3 O art. 83 do Código de Processo Penal estabelece que se verifica "*a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa*".

já é suficiente para prevenir a jurisdição" (Manual de Processo Penal, 8ª ed., 2020, Ed. Juspodivm, p. 634).

Confira-se precedente desta C. Câmara Especial no mesmo sentido:

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – Instauração de Inquérito Policial para apurar a prática dos delitos previstos nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006, e no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003 – Conflito suscitado pela MMª. Juíza do DIPO 3 em face do MMº. Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Mauá – Regra da prevenção que deve ser aplicada, nos termos do artigo 83 do Código de Processo Penal – Juízo que primeiro tomou ciência dos fatos e que concedeu cautelar de busca e apreensão nas Comarcas de Mongaguá, São Paulo e Mauá, foi o DIPO 3, Comarca da Capital (autos nº 1509891-15.2023.8.26.0050) onde o tráfico e a associação criminosa se desenvolviam quando a investigação teve início, a partir da prisão de Willian Ramos Rodrigues, como bem observado pela Procuradoria Geral de Justiça – Fatos apurados e procedimentos posteriores nas demais Comarcas que estão entrelaçados – Precedente desta C. Câmara Especial – Reconhecimento da competência do Juízo suscitante (DIPO 3 SEÇÃO 3.2.3 – Capital)" (TJSP; Conflito de Jurisdição 0015211-76.2023.8.26.0000; Relatora: Ana Luiza Villa Nova; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Mauá – 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 03/08/2023; Data de Registro: 03/08/2023)

Ante o exposto, **CONHECE-SE DO CONFLITO NEGATIVO** para declarar a competência da MMª. Juíza de Direito suscitada da 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0035301-08.2023.8.26.0000, da Comarca de Martinópolis, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DO FORO DE MARTINÓPOLIS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE PRESIDENTE PRUDENTE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito, declararam competente o Juízo Suscitante (MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de Martinópolis). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº CC-00001-CE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERET-

Acesso ao Sumário

TA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 18 de janeiro de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Execução de pena de dias-multa aplicada ao réu – Distribuição ao Juízo da 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente. Redistribuição ao Juízo da Comarca de Martinópolis. Possibilidade. O STF, no julgamento da ADIN nº 3.150, conferiu interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 51, do CP. Seguindo o entendimento exarado, esta Corte editou o Provimento nº 04/2020 da Corregedoria Geral de Justiça, que especificou os procedimentos a serem adotados quando da execução da pena de multa. Situação em que o réu se encontra solto. Feito que deve ser remetido ao juízo das execuções do foro do domicílio do réu. Artigo 530 das NSCGJ e 46, § 5º do C.P.C., que devem ser observados. Procedente o Conflito. Competência do MM. Juízo Suscitante.

VOTO

Cuidam os autos de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DO FORO DE MARTINÓPOLIS em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE PRESIDENTE PRUDENTE, em execução de pena de dias-multa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Juliano Pereira Mendes, condenado na ação penal nº 0009683-85.2014.8.26.0482, pela 3ª Vara Criminal da Comarca de Presidente Prudente, às penas privativa de liberdade e pecuniária, essa correspondente ao valor de R$ 96,53 (noventa e seis reais e cinquenta e três centavos) – proc. nº 1020828-14.2020.8.26.0482.

A execução foi ajuizada inicialmente perante o Juízo Suscitado, que inferiu o pedido, julgou o processo extinto sem exame de mérito, nos termos do artigo 85, inciso I, do Código de Processo Civil, por entender que o valor da execução da pena de multa é inferior ao limite mínimo estipulado para ajuizamento de execuções fiscais, com fulcro no artigo 330, inciso III, do Código de

Acesso ao Sumário

Processo Civil e no artigo 1º, *caput*, da Lei Estadual nº 14.272/2010 (fl. 05, proc. de origem).

Interposto agravo de execução penal pelo Ministério Público (autos nº 0003852-12.2021.8.26.0482), a E. 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso para anular a decisão e, por consequência, determinar o prosseguimento da execução da pena de multa (fls. 10/19, proc. de origem).

O MM. Juízo Suscitado determinou a remessa dos autos à Comarca de Martinópolis por reputar competente o Juízo do local em que o réu se encontra domiciliado (fls. 51/55, proc. de origem).

Contemplado pela redistribuição, o MM. Juízo da 1ª Vara da Comarca de Martinópolis discordou sob o entendimento de que a competência é do Juízo em que tramitou o feito de conhecimento, suscitando o presente incidente (fls. 69/73, proc. de origem).

Designado o Juízo Suscitante para a apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 05).

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela competência do Juízo da 1ª Vara Judicial da Comarca de Martinópolis (fls. 12/16).

É o relatório.

O conflito negativo de jurisdição está configurado, porquanto ambos os Juízos declinaram da competência para conhecer e processar o pedido (art. 114, I, do CPP).

Respeitado posicionamento em sentido contrário, assiste razão ao MM. Juízo Suscitado.

O réu Juliano Pereira Mendes foi condenado pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Presidente Prudente como incurso no artigo 155, *caput*, § 1º, c.c. 16, ambos do Código Penal à pena de 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, substituída a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, de prestação pecuniária consistente em um salário mínimo, bem como ao pagamento de 04 (quatro) dias-multa em 1/30 do valor mínimo, aos 16.03.2014 (fls. 04/, proc. nº 0009683-85.2014.8.26.0482). O valor atualizado da multa é de R$ 96,53 (noventa e seis reais, cinquenta e três centavos) – fls. 64/65 – proc. nº 0001207-49.2019.8.26.0493.

Intimado para realizar o pagamento voluntário da pena pecuniária (fls. 45 – proc. nº 0001207-49.2019.8.26.0493), o réu quedou-se inerte, razão pela qual o Ministério Público ingressou com a presente execução, com fundamento no artigo 51 do C.P. (fl. 01/02, proc. de origem).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN nº 3.150, datado de 13.12.2018, houve por bem conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 51, do Código Penal, nos termos a seguir transcritos:

"O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formu-

Acesso ao Sumário

lado na ação direta para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão 'aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição', não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Edson Fachin, que o julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 13.12.2018.

A aludida decisão é dotada de efeito *erga omnes*, e, nos termos do artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, tem eficácia em relação a todos os casos, com efeito vinculante.

No sentido do entendimento exarado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento nº 04/2020, da Corregedoria Geral de Justiça, especificando os procedimentos a serem adotados quando da aplicação da pena de dias-multa (artigo 480, §§ 1º e 2 e artigo 480-A, §§ 1º ao 4º das NSCGJ).

O citado provimento encontra-se em consonância com o decidido pela Corte Suprema, pois respeita a competência das Varas das Execuções Criminais para a demanda executiva das multas impostas, ressaltando a titularidade do Ministério Público para tal mister.

Ainda, em situações que o réu se encontra solto, a execução da multa deverá ser ajuizada no Juízo do seu domicílio, em observância ao artigo 530 das Normas Gerais de Serviço da Corregedoria de Justiça[1], além da aplicação, de forma subsidiária, do § 5º, do artigo 46, do C.P.C., o qual expressamente dispõe que a execução fiscal deverá ser proposta *"no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado"*, tudo a *"prestigia os princípios da celeridade e economia processual, vez que facilitará a intimação do condenado e a busca por bens para satisfação da execução[2]"*.

Mas, nos feitos que o réu esteja sob a custódia do Estado, como a execução da pena de multa é procedimento autônomo em relação à execução da pena restritiva da liberdade, e para evitar que esse expediente tramite por diversos juízos, conforme o réu seja transferido de estabelecimento prisional ou mesmo progrida de regime, razoável se mostra que a demanda seja processada pelo Juízo da Vara das Execuções Criminais do foro originário da ação penal.

No caso em apreço, o sentenciado encontra-se solto, com domicílio fixado na Comarca de Martinópolis (fls. 49/50, proc. nº 1020828-14.2020.8.26.0482).

Desse modo, deve ser observado o artigo 530 das Normas Gerais de Serviço da Corregedoria de Justiça, que trata da competência para as execuções

Acesso ao Sumário

1 "Art. 530 – Sempre que o condenado passar a cumprir pena ou fixar residência em localidades diversas daquele onde teve início a execução, os respectivos autos serão imediatamente remetidos ao juízo competente para o prosseguimento."

2 CJ nº 0015821-15.2021.8.26.0000, Rel. Des. Renato Genzani Filho, j. 13/08/2021.

penais, inclusive em casos tais réu solto.

Ademais, a execução pecuniária encontra melhor efetividade se tramitar no domicílio onde o sentenciado possuir moradia e eventuais bens, em detrimento do domicílio provisório e forçado, decorrente da sua momentânea custódia estatal, evitando-se a expedição de cartas precatórias para citação, intimações e penhoras, além da realização de diligências por mais de um juízo.

Por conseguinte, em virtude da execução ser regida pela Lei nº 6.830/80, aplica-se de forma subsidiária o § 5º, do artigo 46, do C.P.C., o qual expressamente dispõe que a execução fiscal deverá ser proposta "no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado."

Nesse sentido, é o entendimento já exarado por esta C. Câmara Especial: "CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – Execução de pena de multa ajuizada na Vara das Execuções Criminais da comarca onde tramitou a ação penal – Réu solto – Determinação de remessa do feito à Vara da comarca em que reside o sentenciado – Possibilidade – Pena de multa que deve ser executada no foro do domicílio do sentenciado, quando este se encontra solto, nos termos do art. 51 do Código Penal c.c. art. 1º da Lei nº 6.830/80 e art. 46, § 5º, do CPC – Inteligência do art. 530, caput, das NSCGJ – Critério distinto do adotado para sentenciado preso – Precedentes desta C. Câmara Especial – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Suscitante (MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de Bariri)." (TJSP; Conflito de Jurisdição 0033539-54.2023.8.26.0000; Relator: Francisco Bruno (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Bariri – 1ª Vara; Data do Julgamento: 14/11/2023; Data de Registro: 14/11/2023).

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Execução da pena de dias-multa aplicada a réu solto. Ação distribuída ao juízo da execução em que proferida a condenação. Remessa do feito à Comarca de domicílio do sentenciado. Possibilidade. Celeridade e efetividade na satisfação da execução da pena de multa. Competência da Juíza suscitante da 1ª Vara da Comarca da Valparaíso." (TJSP; Conflito de Jurisdição 0022713-66.2023.8.26.0000; Relator: Beretta da Silveira (Pres. da Seção de Direito Privado; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Valparaíso – 1ª Vara; Data do Julgamento: 10/08/2023; Data de Registro: 10/08/2023).

O voto é pela **procedência do conflito**, competente o Juízo Suscitante (MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de Martinópolis).

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº

2323766-72.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente G.S.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A ORDEM, para EXTINGUIR a medida socioeducativa de liberdade assistida imposta ao paciente G.S.S. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.082)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 30 de janeiro de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *HABEAS CORPUS*. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Medida socioeducativa de liberdade assistida. Descumprimento. Decisão que determinou a expedição de mandado de busca e apreensão para oportuna realização de audiência para a sua oitiva. Inviabilidade do prosseguimento da execução da medida. Ato infracional praticado em agosto de 2018. Paciente prestes a completar 21 (vinte e um) anos de idade. Inexistência da prática de novos atos infracionais ou crimes após a maioridade. Incidência dos princípios da mínima intervenção, brevidade e atualidade (incisos V e VII do artigo 35 da Lei do SINASE). Ordem concedida, para o fim de extinguir a execução da medida socioeducativa de liberdade assistida.

VOTO

A Defensora Pública Cláudia Abramo Ariano impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de G.S.S., sob alegação dele estar sofrendo constrangimento ilegal por ato do MM. Juízo do Departamento de Execuções da Infância e Juventude da Comarca da Capital – DEIJ (autos nº (...)).

Narra, em síntese, que o paciente, jovem adulto de 20 anos de idade, foi responsabilizado pela prática de ato infracional ocorrido em agosto de 2018, sendo-lhe aplicada a medida socioeducativa de internação, posteriormente substituída pela liberdade assistida. Sobreveio notícia de descumprimento e o paciente não compareceu à audiência designada, o que ensejou a expedição do mandado de busca e apreensão.

Acesso ao Sumário

Sustenta, no entanto, a perda de atualidade e finalidade pedagógica da medida socioeducativa, à vista do longo período decorrido, já que os fatos se deram há mais de 5 (cinco) anos e o paciente completará 21 (vinte e um) anos de idade em (...) de fevereiro de 2024, não apresentando qualquer outro envolvimento ilícito.

Requer, assim, e em caráter liminar, a suspensão da execução e, no mérito, a extinção da medida socioeducativa (fls. 1/4).

A liminar foi deferida "*para suspender a decisão que determinou o prosseguimento da execução da medida socioeducativa e expediu o mandado de busca e apreensão, até o julgamento definitivo do habeas corpus*" (fls. 474/476).

Dispensadas as informações, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 485/494).

É o relatório.

Cuida-se de paciente responsabilizado pela prática de ato infracional equiparado a crime de roubo majorado tentado, por fato ocorrido em 7 de agosto de 2018, sendo-lhe aplicada medida socioeducativa de internação (cf. r. sentença de 13.09.2018 – fls. 7/11), posteriormente substituída por liberdade assistida, em 3 de maio de 2019 (fl. 62).

Não se pode olvidar que o adolescente descumpriu a medida socioeducativa de liberdade assistida (fls. 271/272). Todavia, a esta altura, passados mais de 5 (cinco) anos da data do ato infracional, e aproximando-se os 21 (vinte e um) anos de idade do paciente, o que acontecerá em menos de 1 (um) mês, não se afigura razoável impor-lhe a retomada do cumprimento da medida socioeducativa de liberdade assistida, porque já esvaziada de conteúdo pedagógico, pela perda da contemporaneidade.

Registra-se que, em pesquisa ao e-SAJ, não foram localizados quaisquer novos processos infracionais ou criminais aptos a corroborar a conclusão acima. Embora não se negue a reprovabilidade da conduta do paciente de abandonar o cumprimento da medida socioeducativa, certo é que esta sempre é estabelecida em observância do superior interesse do adolescente.

No último relatório apresentado pelo SMSE/MA, datado de 14 de novembro de 2023, consta que: "*Observando todo o histórico do jovem, no que tange a sua medida, podemos observar que G. teve uma evolução e foi beneficiado em seu cumprimento. Entretanto na opinião desta equipe técnica, o que agrava a situação do jovem se diz respeito a questões de saúde, e que podem ser acompanhadas pelo CAPS AD. Pensando na Brevidade da medida socioeducativa de Liberdade Assistida imposta a G., princípio encontra asilo no art. 121, § 3º do ECA acreditamos que já se esgotou o potencial sócio educativo do jovem*" (fl. 460).

Além disso, instruem a aplicação da medida socioeducativa os princípios da brevidade e da individualização (artigo 35, incisos V e VI, da Lei do SINA-

Acesso ao Sumário

SE), que vedam a aplicação da medida quando desnecessária ao caso concreto.

A medida socioeducativa visa a recuperar o adolescente em conflito com a lei para que, efetivamente, conviva em sociedade de forma pacífica, saudável e harmônica. Consoante se verifica no inciso VIII do artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a aplicação das medidas socioeducativas deve levar em consideração a proporcionalidade e a atualidade, devendo a intervenção ser a necessária e adequada à situação de perigo em que o jovem se encontra quando a decisão é tomada.

Desse modo, em prestígio aos princípios da mínima intervenção, da brevidade e da atualidade, e considerando que os fatos ocorreram em agosto de 2018, não há mais fundamento para se manter a medida de liberdade assistida (incisos V e VII do artigo 35 da Lei do SINASE), sob pena de tornar-se a medida perpétua, além do que ineficaz ao paciente que, conforme asseverado anteriormente, sequer voltou a reiterar a prática de novos atos infracionais ou criminais, após a maioridade.

Aliás, em hipóteses análogas, tem decidido esta Colenda Câmara Especial, *verbis*:

> *"HABEAS CORPUS. Execução da medida socioeducativa. Ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes (art. 33 'caput' da Lei nº 11.343/06). Descumprimento de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade. Decisão que indeferiu a extinção das medidas e determinou a renovação expedição de mandado de busca e apreensão para apresentação do paciente em Juízo. Ato infracional datado de fevereiro de 2019. Descumprimento da medida de liberdade assistida desde meados de 2020. Suspensão da medida de prestação de serviços à comunidade que perdurou durante todo ano de 2020 e retomada em setembro de 2021. Perda da atualidade. Jovem que atingiu a maioridade. Inexistência de notícias de novo envolvimento em ato infracional ou crime (neste último caso após ter atingido a maioridade penal). Ordem concedida para determinar a extinção das medidas."* (TJSP; HC nº. 2245992-34.2021.8.26.0000; Rel. Des. Magalhães Coelho; 16.12.2021).
>
> *"HABEAS CORPUS. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Execução da medida socioeducativa de semiliberdade. Descumprimento. Expedição de mandado de busca e apreensão. Paciente que se encontra há mais de dois anos e meio em paradeiro desconhecido, convivendo normalmente em sociedade, inexistindo notícias de prática de novos atos infracionais. Pedido de encerramento da medida por ausência de atualidade. Concordância do Ministério Público em primeira instância. Esvaziamento do conteúdo pedagógico da medida pela perda da contemporaneidade. Ordem concedida."* (TJSP; *Habeas Corpus* Cível 2027727-31.2022.8.26.0000; Rel. Des. Beretta da Silveira (Pres. da Seção de Direito Privado); Câmara Especial; j. 05/03/2022).
>
> *"HABEAS CORPUS – Execução de medida socioeducativa de liberdade assistida – Ato infracional datado de outubro de 2018 – Descumprimento*

Acesso ao Sumário

da medida em data muito posterior ao início de sua implementação e em virtude de sucessivas alterações de domicílio do paciente – Decisão que determinou a expedição de mandado de busca e apreensão para apresentação da paciente em Juízo – Inviabilidade do prosseguimento da execução da medida em meio aberto – Incidência dos princípios da mínima intervenção, brevidade e atualidade (incisos V e VII do artigo 35 da Lei do SINASE) – Inexistência da prática de novos atos infracionais – Ordem concedida para o fim de extinguir a execução da medida socioeducativa de liberdade assistida com a ratificação da liminar." (TJSP; *Habeas Corpus* Cível 2285020-09.2021.8.26.0000; Rel. Des. Wanderley José Federighi (Pres. da Seção de Direito Público); Câmara Especial; j. 25/02/2022).

Ante o exposto, pelo meu voto, **CONCEDO A ORDEM**, para **EXTINGUIR** a medida socioeducativa de liberdade assistida imposta ao paciente G.S.S.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1016850-64.2016.8.26.0451/50000, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados LUCIANE BRAGALHA VENDEMIATTI, CLAUDIO LUIZ BRAGALHA, EDISON BRAGALHA e WÁGNER BRAGALHA.

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 121104)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE -PRESIDENTE).

São Paulo, 19 de dezembro de 2023.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF (AÇÃO COLETIVA Nº 1998.01.1.016798-9). Foro competente. Reconhecimento ao beneficiário do direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal (tema 723). Legitimidade ativa dos poupadores e de seus sucessores, independentemente de fazerem parte dos quadros associativos do IDEC (tema 724). Prazo prescricional quinquenal. Cumprimento de sentença requerido antes de transcorrido o lustro (tema 515). Juros de mora. Termo inicial. Citação do devedor na fase de conhecimento (tema 685). Sentença proferida na vi-

Acesso ao Sumário

gência do Código Civil de 1916. Taxa de 0,5% a.m. restrita ao período de vigência do referido codex. Dívida que se protrai durante o Código Civil de 2002. Incidência do art. 406 do novo diploma legal a partir da sua vigência. Inexistência de violação à coisa julgada (tema 176). Expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito. Incidência (tema 887). Honorários advocatícios. Fixação em consonância com o Recurso Especial nº 1.134.186/RS (temas 407 a 410). Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Banco do Brasil S/A contra decisão que, em execução individual da sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil pública nº 1998.01.1.016798-9, ajuizada por Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) em face de Banco do Brasil S.A. para cobrança de expurgos inflacionários do Plano Verão, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial** em razão de o V. Acórdão ter observado as orientações estabelecidas no E. STJ sob o regime dos recursos repetitivos.

Nas razões do Agravo Interno, alega o recorrente, em síntese, ter havido equívoco no V. Acórdão recorrido e, em consequência, na decisão agravada, sob o argumento de que não foi aplicada adequadamente a legislação em vigor e, com isso, foram conferidos direitos inexistentes à parte contrária.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE 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

Acesso ao Sumário

especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.391.198/RS sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa – também por força da coisa julgada –, independentemente de fazerem parte dos quadros associativos do IDEC, para o ajuizamento do cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública nº 1998.01.1.016798-9, pelo Juiz da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (tema 724), reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizá-lo no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal (tema 723).

No Recurso Especial repetitivo nº 1.273.643/PR, a E. Corte Superior assinalou que o prazo prescricional para o ajuizamento do cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública é quinquenal (tema 515).

A respeito dos juros de mora, o E. STJ determinou, ao julgar os Recursos Especiais repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, que eles devem incidir a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual cujo inadimplemento já produza a mora, ressalvada a hipótese de configuração da mora em momento anterior (tema 685).

Com relação ao índice dos juros moratórios, julgados os Recursos Especiais nºs 1.111.117/PR, 1.111.118/PR e 1.111.119/PR, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que às sentenças proferidas na vigência do Código Civil de 1916 são aplicáveis juros de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, momento a partir do qual passa a incidir a taxa prevista no art. 406 do novo diploma legal, situação esta que não caracteriza violação à coisa julgada (tema 176).

No que diz respeito aos expurgos inflacionários, o E. STJ, ao julgar o Recurso Especial repetitivo nº 1.392.245/DF, estabeleceu as seguintes teses: "*Na execução individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989): (I) descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento; (II) incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente*" (tema 887).

Por fim, julgado o Recurso Especial nº 1.134.186/RS, o E. Superior Tribunal de Justiça fixou as seguintes teses, sob o regime dos recursos repetitivos: "*1.1 São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento volun-*

Acesso ao Sumário

tário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com baixa dos autos e aposição do 'cumpra-se' (REsp. nº 940.274/MS); 1.2 Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença; 1.3 Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no artigo 85, § 8º, do CPC" (temas 407 a 410).

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido está em perfeita sintonia com as orientações superiores firmadas sob o regime dos recursos repetitivos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 3002369-68.2013.8.26.0095/50000, da Comarca de Brotas, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados CATHARINA PERLATTI (ESPÓLIO) e MARIA PERLATTI.

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 57.470)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) e TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 17 de janeiro de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DE SÃO PAULO/SP (AÇÃO COLETIVA Nº 0403263-60.1993.8.26.0053). Foro competente. Reconhecimento ao beneficiário do direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio (tema 480). Legitimidade ativa dos poupadores e de seus suces-

Acesso ao Sumário

sores, independentemente de fazerem parte dos quadros associativos do IDEC (tema 948). Legitimidade passiva da instituição financeira (tema 298). Prazo prescricional quinquenal. Cumprimento de sentença requerido antes de transcorrido o lustro (tema 515). Prescrição dos juros remuneratórios. Prazo quinquenal, contado do trânsito em julgado da ação coletiva (temas 300, 515 e 877). Juros de mora. Termo inicial. Citação do devedor na fase de conhecimento (tema 685). Sentença proferida na vigência do Código Civil de 1916. Taxa de 0,5% a.m. restrita ao período de vigência do referido codex. Dívida que se protrai durante o Código Civil de 2002. Incidência do art. 406 do novo diploma legal a partir da sua vigência. Inexistência de violação à coisa julgada (tema 176). Juros remuneratórios e expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito. Incidência (tema 887). Honorários advocatícios. Fixação em consonância com o Recurso Especial nº 1.134.186/RS (temas 407 a 410). Necessidade de prévia liquidação de sentença. Ausência de sucumbência. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Banco do Brasil S/A contra decisão que, em execução individual de sentença proferida em ação civil pública ajuizada por Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) em face de Caixa Econômica Estadual (posteriormente denominada Banco Nossa Caixa S.A., incorporado por Banco do Brasil S.A.) para cobrança de expurgos inflacionários do Plano Verão, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial** em razão de o V. Acórdão ter observado as orientações estabelecidas no E. STJ sob o regime dos recursos repetitivos.

Nas razões do Agravo Interno, alega o recorrente, em síntese, ter havido equívoco no V. Acórdão recorrido e, em consequência, na decisão agravada, sob o argumento de que não foi aplicada adequadamente a legislação em vigor e, com isso, foram conferidos direitos inexistentes à parte contrária.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência

Acesso ao Sumário

da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.243.887/PR sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva podem ser ajuizadas no foro do domicílio do beneficiário, pois os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido (tema 480).

No Recurso Especial repetitivo nº 1.273.643/PR, a E. Corte Superior assinalou que o prazo prescricional para o ajuizamento do cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública é quinquenal (tema 515).

Com relação à alegação de prescrição dos juros remuneratórios, o E. STJ, ao analisar o mesmo argumento em execuções individuais de sentenças proferidas em distintas ações civis públicas ajuizadas para cobrança de expurgos inflacionários, afastou o referido pleito em diversas oportunidades, seja porque "(...) *não se trata de mero acessório do negócio principal, mas verdadeira reparação material*" (REsp nº 1.362.022/SP, tema repetitivo nº 948, Rel. Min. **Raul Araújo**, Segunda Seção, DJe de 24.5.2021), seja porque o prazo aplicável é o vintenário, considerado o ajuizamento da ação principal. No mesmo sentido: REsp nº 1.944.656/SP, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, DJe de 28.6.2021; REsp nº 1.878.532/SP, Rel. Min. **Antonio Carlos Ferreira**, DJe de 18.5.2021; REsp nº 1.920.850/SP, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, DJe de 23.3.2021; AREsp nº 1.430.573/SP, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 16.4.2020; REsp nº 1.846.575/SP, Rel. Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva**, DJe de 20.2.2020; e REsp nº 1.447.769/SP, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão**, DJe de 1.8.2017. Destaca-se, ainda, o AREsp nº 1.103.476/SP, relatado pelo D. Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino** (DJe de 16.11.2017) e fundamentado no REsp repetitivo nº 1.107.201/DF (tema 300), cujo esclarecedor trecho a respeito da matéria em questão segue abaixo:

> *"No que se refere à suposta ocorrência de prescrição dos juros remuneratórios, a eg. Segunda Seção desta Corte Superior, no julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos n.º 1.107.201/DF e 1.147.595/RS (Relator Min. Sidnei Beneti, DJe de 06/05/2011), referente aos Temas*

303 e 304, processados nos moldes do art. 543-C do CPC/1973, em que se discutia o recebimento de diferenças de perdas decorrentes dos Planos Econômicos 'Bresser', 'Verão' e 'Collor' em cadernetas de poupança, firmou o seguinte entendimento quanto a prescrição dos juros remuneratórios:

(...) ***2ª) É vintenária a prescrição nas ações individuais em que são questionados os critérios de remuneração da caderneta de poupança e são postuladas as respectivas diferenças, sendo inaplicável às ações individuais o prazo decadencial quinquenal atinente à Ação Civil Pública.*** *(...) (REsp 1.147.595/RS, Segunda Seção, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe de 06/05/2011 – grifou-se).*

Assim, verifica-se que o entendimento do Tribunal local está em conformidade com o julgamento do repetitivo desta Corte a respeito da matéria." (destaques originais)

Neste cenário, o entendimento da E. Corte Superior é no sentido de que deve ser afastada a alegação de prescrição dos juros remuneratórios sempre que, nos termos das teses firmadas no julgamento dos REsps repetitivos nºs 1.273.643/PR (tema 515) e 1.388.000/PR (tema 877), o cumprimento individual da sentença coletiva tiver sido ajuizado no prazo de cinco anos, contado do trânsito em julgado da ação principal, porque referidos juros são considerados integrantes da condenação principal.

A respeito dos juros de mora, o E. STJ determinou, ao julgar os Recursos Especiais repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, que eles devem incidir a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual cujo inadimplemento já produza a mora, ressalvada a hipótese de configuração da mora em momento anterior (tema 685).

Com relação ao índice dos juros moratórios, julgados os Recursos Especiais nºs 1.111.117/PR, 1.111.118/PR e 1.111.119/PR, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que às sentenças proferidas na vigência do Código Civil de 1916 são aplicáveis juros de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, momento a partir do qual passa a incidir a taxa prevista no art. 406 do novo diploma legal, situação esta que não caracteriza violação à coisa julgada (tema 176).

Acesso ao Sumário

No que diz respeito aos expurgos inflacionários, o E. STJ, ao julgar o Recurso Especial repetitivo nº 1.392.245/DF, estabeleceu as seguintes teses: *"Na execução individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989): (I) descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento; (II) incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do*

débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente" (tema 887).

E, julgado o Recurso Especial nº 1.134.186/RS, o E. Superior Tribunal de Justiça fixou as seguintes teses, sob o regime dos recursos repetitivos: *"1.1 São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com baixa dos autos e aposição do 'cumpra-se' (REsp. nº 940.274/MS); 1.2 Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença; 1.3 Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no artigo 85, § 8º, do CPC"* (temas 407 a 410).

A propósito da legitimidade ativa, julgados os Recursos Especiais nº 1.438.263/SP e 1.362.022/SP sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, *"em ação civil pública proposta por Associação, na condição de substituta processual de consumidores, possuem legitimidade para a liquidação e execução da sentença todos os beneficiados pela procedência do pedido, independentemente de serem filiados à Associação promovente"* (tema 948).

Com relação à legitimidade passiva, a E. Corte Superior, ao julgar o Recurso Especial nº 1.107.201/DF, reconheceu a responsabilidade da instituição financeira para responder pelo pagamento das diferenças de correção monetária de valores depositados em cadernetas de poupança, decorrentes de expurgos inflacionários dos Planos Bresser, Verão e Collor II (tema 298).

Por fim, anoto que o agravante não foi sucumbente com relação à necessidade de liquidação prévia da sentença coletiva, razão pela qual inaplicável a sistemática dos recursos repetitivos neste aspecto.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido está em perfeita sintonia com as orientações superiores firmadas sob o regime dos recursos repetitivos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1040723-38.2018.8.26.0576/50001, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são agravantes A B PERFOMANCE LTDA ME, HOZANA ZAPATA RAMIREZ, MILENE CRISTINA BRUNETTI e STEFANOS GEORGIOS ALEXAKIS, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de

Acesso ao Sumário

Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao agravo, na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57814)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) e TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 24 de janeiro de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. Celebração após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000. Capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Pactuação expressa. Admissibilidade (tema 246). Juros remuneratórios. Possibilidade, em qualquer hipótese, de correção para taxa média, se verificada abusividade (tema 234). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento estabelecido no E. STJ em julgamentos repetitivos. Razões recursais, no mais, impertinentes a esta via recursal. Inteligência do art. 1.042 do Código de Processo Civil. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de Agravo Interno Cível interposto por A B Perfomance Ltda Me e outros contra decisão que, em demanda revisional de contrato, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois os Vv. Acórdãos recorridos observaram as orientações estabelecidas no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 973.827/RS, 1.112.879/PR e 1.112.880/PR, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alegam não houve a análise correta da abordagem de todos os afrontas contrariedade de lei federal, consubstanciadas nas normas contidas nos arts. 2º, 3º, §§ 1º e § 2º, 6º, VIII e 51, inciso IV, X e XIII, do Código de Defesa do Consumidor, 5º, LV, da Constituição Federal e Súmula 297 STJ e Súmula 121 do STF, Súmula 30 do STJ e ainda Decreto 22.626/33 em seu artigo 4º.

É O RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 973.827/RS, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que é permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos firmados após 31.3.2000, desde que expressamente pactuada.

Além do mais, julgados os Recursos Especiais nºs 1.112.879/PR e 1.112.880/PR, a E. Corte Superior assinalou que, se for verificada a abusividade nos juros remuneratórios contratados, é possível a aplicação da taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen. Confira-se a fls. 828/831.

Neste contexto, os Vv. Acórdãos recorridos (fls. 608/624 e 806/814) estão em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela ausência de abusividade da taxa de juros praticada a justificar a sua redução.

Confiram-se trechos do V. Acórdão de Apelação: *"No que diz respeito aos juros remuneratórios, consigna-se que em nosso ordenamento não há limitação legal para a aplicação das taxas de juros bancários, não sendo aplicável às instituições financeiras a Lei da Usura. (...) Assim, verifica-se que, para todas aquelas operações realizadas em data posterior à publicação das Medidas Provisórias nº 1.936-17/2000 e nº 2.170-36, ainda em vigor, não há qualquer irregularidade na capitalização de juros inferior à anual. (...) No caso concreto, há expressa previsão da capitalização mensal de juros (Encargos Financeiros parágrafo primeiro, fls. 95). Não há, portanto, qualquer irregularidade na prática de capitalização de juros em periodicidade inferior à anual no contrato em análise, firmado em data posterior à de publicação das Medidas Provisórias nº 1.936-17/2000 e nº 2.170-36."* (fls. 615, 618 e 619).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, em relação à violação ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, não foi interposto o devido Recurso Extraordinário, sendo inviável a revisão da decisão nesta Câmara Especial de Presidentes, a teor do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017,

Acesso ao Sumário

e do art. 1.042 do CPC.

Além disso, o inconformismo atinente à violação aos arts. 2º, 3º, §§ 1º e §2 º, 6º, VIII e 51, inciso IV, X e XIII, do Código de Defesa do Consumidor, Súmula 297 STJ e 4º do Decreto 22.626/33 e às Súmulas 121 e 30 do STJ desafiava a interposição de Agravo contra Decisão Denegatória de Recurso Especial na forma do art. 1.042 do Código de Processo Civil, desbordando, destarte, dos estreitos limites desta via recursal.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 0001528-39.2021.8.26.0453/50001, da Comarca de Pirajuí, em que é agravante JHONNY BARBOSA PIMENTA, 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: "Não conheceram do agravo regimental. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.340)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 31 de janeiro de 2024.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator, no impedimento ocasional do Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DE AGRAVO, FUNDADO NOS ARTIGOS 994, III E 1.021, AMBOS DO CPC, INTERPOSTO CONTRA NÃO ADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE. PRAZO DE QUINZE DIAS, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.070 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interposto contra a decisão monocrática de fls. 643/644, da Presidência da Seção de Direito Criminal que, em razão de erro grosseiro cometido pela Defesa, não conheceu do agravo intentado com esteio nos artigos 994, III e 1.021, ambos da Lei Adjetiva Civil (fls. 617/627), contra a decisão que não admitiu o recurso especial (fls. 614/615).

Busca a Defesa, em síntese, o provimento do presente agravo, com a reconsideração da decisão que não conheceu do agravo anteriormente apresentado (fls. 647/661).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não processamento da insurgência ou, caso contrário, pelo seu desprovimento (664/672).

É o relatório.

Não conheço do presente agravo interno, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Com efeito, verifico que o inconformismo é extemporâneo, nos termos dos artigos 1.070 do Código de Processo Civil:

> ***Art. 1.070.*** *É de 15 (quinze) dias o prazo para a interposição de qualquer agravo, previsto em lei ou em regimento interno de tribunal, contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal.*

Consoante se depreende da certidão lavrada às fls. 645, o *decisum* que não conheceu do agravo regimental anteriormente interposto foi publicado aos 19 de setembro de 2023. Já o presente agravo regimental foi protocolado apenas em 09 de outubro de 2023 (fls. 647/661 e protocolo WPRO.23.01294823-6).

Vale registrar, outrossim, que, com relação a contagem dos prazos processuais em dias úteis, o Excelso Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 134.554 Rcon/SP, que bem se amolda à hipótese dos autos, consignou que "(...) tratando-se de prazo processual penal, o modo de sua contagem é disciplinado por norma legal que expressamente dispõe sobre a matéria (CPP, art. 798, 'caput'), o que torna inaplicável a regra fundada no art. 219, 'caput', do Código de Processo Civil de 2015, pois, como se sabe, a possibilidade de aplicação analógica da legislação processual civil ao processo penal, embora autorizada pelo art. 3º do próprio Código de Processo Penal, depende, no entanto, para incidir, da existência de omissão na legislação processual penal (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 4º). Como anteriormente deixei registrado, inexiste omissão, no Código de Processo Penal, quanto à regulação do modo de contagem dos prazos processuais penais, eis que, nessa específica matéria, há cláusula normativa expressa que estabelece que 'Todos os prazos (…) serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado' (CPP, art. 798, 'caput' – grifei), ressalvadas, unicamente, as hipóteses em que o prazo terminar em domingo ou em dia feriado, caso em

Acesso ao Sumário

que se considerará prorrogado até o dia útil imediato (CPP, art. 798, § 3º), ou em que houver impedimento do juiz, força maior ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária (CPP, art. 798, § 4º) (...)".

Ante o exposto, não conheço do agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2034883-36.2023.8.26.0000/50002, da Comarca de São Paulo, sendo agravante RENI RODRIGUES DA LUZ e OUTRO e agravado(a) COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ e outro.

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 AR-0042-CP)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 1º de fevereiro de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário.
Apreciada pelo Supremo Tribunal Federal a controvérsia constitucional submetida à sistemática da repercussão geral, incumbe ao Presidente (ou ao Vice -Presidente) do Tribunal recorrido proceder à análise entre a pretensão recursal veiculada no Recurso Extraordinário e a tese de repercussão geral fixada na matéria por esta Suprema Corte (CPC, art. 1.030, I a III; § 2º).
– A matéria referente à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, bem como a extensão do entendimento ao princípio do devido pro-

Acesso ao Sumário

cesso legal e aos limites da coisa julgada, é idêntica à examinada pela Suprema Corte no leading case ARE n. 748.371/MT – Tema n. 660/STF, no qual se assentou a natureza infraconstitucional da questão.
– A questão sobre a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal, é idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos AI n. 791.292/PE TEMA 339.
– Demais questões rebatidas que não se encontram submetidas à sistemática de recursos repetitivos – impugnação por recurso próprio.
Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto com fundamento no artigo 1.021, do Código de Processo Civil (fls. 1/28 – 50002), contra decisão que negou seguimento (art. 1.030, inciso I, alíneas 'b' e 'a' c.c. art. 1035, § 8º, do Código de Processo Civil) a recurso extraordinário por reconhecida identidade da matéria com orientação firmada pela Suprema Corte nos autos do ARE n. 748.371/MT e AI n. 791.292/PE, e o inadmitiu quanto às demais questões.

Alegou o agravante, em síntese, que teria ocorrido usurpação de competência porquanto somente o Eg. Supremo Tribunal Federal poderia dizer se há ou não repercussão geral da matéria. Aduziu, quanto ao Tema 339/STF, que as decisões agravadas teriam ferido a coisa julgada ao declararem a inexistência de decisão anterior quanto a ilegitimidade de parte alienante do imóvel desapropriado. Asseverou, quanto ao Tema 660/STF, que o Tema 660/STF não teria aplicabilidade ao caso concreto, porquanto não haveria dependência de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais e sim, afronta direta às garantias constitucionais do devido processo legal.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Não vinga a alegação de usurpação da competência constitucional e inaplicabilidade do disposto no art. 1.030, do Código de Processo Civil, o Ministro Celso de Mello, quando do exame da Reclamação nº 33047/RN, em 7 de fevereiro de 2019, pontuou:

> Impõe-se reconhecer, no entanto, que o novo estatuto processual civil (CPC/15) – à semelhança do que já ocorria na vigência do CPC/73 – outorgou ao Presidente (ou Vice-Presidente) do Tribunal de origem competência para negar seguimento aos recursos extraordinários (a) que discutam questões em relação às quais o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou (b) que tenham sido interpostos contra acórdãos que estejam em conformidade com a

Acesso ao Sumário

> tese fixada em repercussão geral (CPC, art. 1.030, I, "a" e "b"), ou, ainda, para determinar o sobrestamento daquelas impugnações recursais que versem sobre litígio de caráter repetitivo ainda não decidido pelo Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 1.030, III).
> (Rcl 30887 AgR, Relator(a): Segunda Turma, julgado em 07/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-132 DIVULG 17-06-2019 PUBLIC 18-06-2019).

Isso significa que, uma vez apreciada pelo Supremo Tribunal Federal a controvérsia constitucional submetida à sistemática da repercussão geral (seja para manifestar-se sobre a existência de repercussão geral da matéria, seja para examinar o próprio mérito da demanda), incumbe ao Presidente (ou ao Vice -Presidente) do Tribunal recorrido, com fundamento nos poderes processuais de que se acha investido (CPC, art. 1.030, I a III), ou ao órgão colegiado competente do Tribunal de origem (CPC, art. 1.030, § 2º), proceder à análise individualizada, em cada caso, em torno da pertinência e da compatibilidade entre a pretensão recursal veiculada no apelo extremo e a tese de repercussão geral fixada na matéria por esta Suprema Corte.

Nessa esteira, com o permissivo do artigo 1.030, inciso I, alíneas 'b' e 'a' c.c. art. 1035, § 8º, do Código de Processo Civil, a decisão agravada considerou que o v. acórdão da Turma Julgadora converge com o decidido no ARE n. 748.371/MT (Tema 660) e com o AI nº 791.292/PE (Tema 339) do Col. Supremo Tribunal Federal, quando se fixaram as seguintes teses:

> Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral.
> O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que suscintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Não há como proceder à modificação do decidido, pois a decisão da C. Turma Julgadora é **soberana** em razão da ausência de repercussão geral do Tema 660/STF.

Da mesma forma não se avista desacerto na decisão ora agravada, eis que o v. Acórdão da Eg. Turma Julgadora harmoniza-se com o julgamento do AI nº 791.292/PE referente à fundamentação das decisões judiciais, sob a técnica de casos seriais, em que restou reconhecida a repercussão geral da matéria.

Não impressiona o argumento no sentido de que não se cuidaria de própria singeleza de fundamentação, mas de nenhuma fundamentação, pois, como se pode observar a partir do exame das razões recursais, a agravante rebela-se verdadeiramente contra a interpretação – ou má interpretação – dos dispositivos legais indicados à luz das provas produzidas nos autos, a traduzir invocação de

Acesso ao Sumário

error in judicando, que não atina à ausência de fundamentação. Ao contrário, na imputação de erro de julgamento está contida a ideia de que as razões de decidir não estão de acordo com o modelo de fundamentação que se suporia adequada, com suposto o reconhecimento da fundamentação inadequada, que não implica em carência absoluta de fundamentação.

Consigne-se, por oportuno, trechos dos vv. Acórdãos (Fls. 210/212, 223/233 e 275/291), convergentes ao tema aplicado na sistemática dos repetitivos:

V. Acórdão de fls. 210/212:

Rege a sistemática recursal brasileira o princípio da unirrecorribilidade. Noutras palavras, exercido o direito à impugnação de determinada decisão, consuma-se a faculdade. Inadmissível nova investida contra a mesma decisão, ainda que para mero aditamento.

Subjacente a esta ideia centra-se a preclusão para a prática de atos, de modo que, à medida que se avança no curso do processo, salvo disposição expressa, vedam-se reformulações, refazimentos e retomadas.

(...)

No caso, o presente agravo de instrumento foi protocolado em 16/02/2023, às 19:11h (fls 1/31). Ocorre que, às 14:30h do mesmo dia, o agravante já havia protocolado em primeiro grau embargos de declaração, suscitando a mesmíssima discussão (fls 2435/2442 dos autos de origem).

É certo que a oposição de embargos não é requisito para a interposição de agravo de instrumento. Contudo, uma vez opostos os aclaratórios, deve-se esperar a apreciação do primeiro recurso, prezando pela economia processual, bem como para evitar decisões conflitantes.

Dado isso, de rigor o não conhecimento do agravo.

Por meu voto, não conheço do agravo de instrumento. (Fls. 211/212).

V. Acórdão de fls. 223/233:

2- No caso dos autos, a rebater os argumentos deste recurso sobre a decisão de fls. 2432 dos autos de origem, transcrevo trechos do acórdão embargado:

Rege a sistemática recursal brasileira o princípio da unirrecorribilidade. Noutras palavras, exercido o direito à impugnação de determinada decisão, consuma-se a faculdade.

Inadmissível nova investida contra a mesma decisão, ainda que para mero aditamento.

Subjacente a esta ideia centra-se a preclusão para a prática de atos, de modo que, à medida que se avança no curso do processo, salvo disposição expressa, vedam-se reformulações, refazimentos e retomadas.

(...)

No caso, o presente agravo de instrumento foi protocolado em 16/02/2023, às 19:11h (fls. 1/31). Ocorre que às 14:30h do mesmo dia o agravante já havia protocolado em primeiro grau embargos de declaração, suscitando a mesmíssima discussão (fls 2435/2442 dos

Acesso ao Sumário

autos de origem). (Fl. 229).

E mais adiante,

Essa decisão foi proferida após oposição de segundos embargos, sendo que os primeiros já haviam sido rejeitados (fls. 2336/2337 dos autos de origem):

Fls. 2289/2295- A matéria suscitada no recurso não tem por finalidade eliminar obscuridade ou contradição.

Pretende a embargante rever a decisão anterior, com o reexame de ponto sobre o qual já houve pronunciamento.

Não é função deste juízo pronunciar-se sobre ponto que a fundamentação da conclusão da sentença o tornou desnecessário.

Anoto que se houve anuência das partes em relação a partilha de honorários, dispensável qualquer ação para tratar do assunto. (Fl. 230).

V. Acórdão de fls. 275/291:

Insistem na rediscussão de questões já decididas há quase uma década, já tendo sido penalizados por diversas vezes nas duas instâncias, mas as multas não surtiram o efeito pedagógico/inibidor pretendido.

Dado isso, é de rigor a manutenção do não conhecimento do agravo, por violação ao princípio da dialeticidade e pendência de julgamento de embargos de declaração nos autos de origem, com a imposição de mais uma multa por litigância de má-fé em 2% (dois por cento) do valor da causa, conforme artigos 80, incisos IV e VII, e 1.026, § 2º, ambos do Código de Processo Civil. (Fl. 280).

Ressalto que as demais questões trazidas no agravo interno, por não se referirem à sistemática dos repetitivos, não serão aqui apreciadas, mas por recurso próprio a ser analisado pela Col. Corte Superior.

Não há, portanto, como proceder à modificação do decidido, porque em perfeita harmonia com o Tema 339/STF e o Tema 660/STF em razão da ausência de repercussão geral.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir aos agravantes a multa da qual se ocupa o art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

Anoto a existência dos recursos de fls. 589/616 e 618/629 que serão analisados pelas Cols. Cortes Superiores.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 1542714-78.2018.8.26.0224/50002, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante JANAINA XAVIER BISPO, é agravada COLENDA CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM provimento ao agravo interno, DETERMINANDO à Secretaria o cumprimento, oportunamente, da deliberação contida na parte final do despacho de fls. 788. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.194)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 6 de fevereiro de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, EM PARTE, AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO (Tema 339 do Supremo Tribunal Federal).
RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (Tema 660 do Supremo Tribunal Federal).
HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.
Fundamentação das decisões judiciais. Artigo 93, IX, da Constituição Federal. Desnecessidade do exame pormenorizado de todas as alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão (Tema 339 do Supremo Tribunal Federal).
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 do Supremo Tribunal Federal).
AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto contra a r. decisão da Presidência

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

da Seção de Direito Criminal (fls. 681/684) que, com fundamento nos Temas 339 e 660, ambos do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento, em parte, ao recurso extraordinário, nos termos dos artigos 1.030, I, "a", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal e, no mais, não o admitiu.

Sustenta a Defesa, em síntese, que a r. decisão ora guerreada é genérica e carente de fundamentação. Repisando os argumentos aventados em seu recurso extraordinário, diz que a matéria discutida possui repercussão geral e não depende da prévia análise de legislação infraconstitucional. Asseverou a falta de fundamentação do v. acórdão, além da ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Pugna, assim, pelo provimento do agravo, com o seguimento do apelo extremo, requerendo, também, a concessão de efeito suspensivo (fls. 750/775).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 784/786.

Registro, ainda, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 788, para a remessa, oportunamente, dos autos aos Colendos Tribunais Superiores, diante dos agravos de fls. 689/722 e 724/749.

É o relatório.

Conheço do presente agravo interno, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal, observando que o pleito de fls. 774 está prejudicado, uma vez que o efeito suspensivo já foi deferido, nos termos do r. despacho de fls. 679/680.

Feitas essas considerações, verifico que o reclamo não merece provimento.

Houve a interposição de recurso extraordinário apontando, entre outras teses, violação aos artigos 5º, LIV e LV e 93, IX, ambos da Carta Magna. Disse que o v. acórdão teria deixado de apreciar teses defensivas, relativas à negativa de autoria e à insuficiência probatória. Outrossim, consignou a ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, em razão das contradições na prova oral produzida (fls. 641/661).

Com efeito, quando da análise do juízo de prelibação da insurgência, constatou-se que parte das questões constitucionais indicadas no apelo extremo 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. 681/684), e não vislumbro, no agravo agora em análise, a existência de distinção ou qualquer outra peculiaridade capaz de afastar a aplicação dos Temas 339 e 660 da Corte Suprema ao caso concreto.

Nessa linha, verificados o teor do recurso extraordinário e do v. acórdão, em especial às fls. 580/582, é perceptível que a questão trazida à baila em tal reclamo como violadora do artigo 93, IX, da Constituição Federal (relativa à matéria probatória – fls. 649/650) foi, de algum modo, tratada no aresto, de forma

Acesso ao Sumário

que escorreita 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.

Adequada, também, a aplicação do Tema 660 do Excelso Pretório, observando que no reclamo constitucional houve expressa indicação do artigo 5º, LIV e LV, da Carta Magna, como violado.

Nesse diapasão, evidente que a tese trazida no recurso extraordinário, referente à existência de contradições na prova oral colhida (fls. 651/656), demandava a prévia análise de normas infraconstitucionais, tanto assim que a matéria também foi discutida no recurso especial, com a expressa indicação de dispositivos de lei federal violados (fls. 611/640).

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, 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, a alegação defensiva de que houve a demonstração da repercussão geral não supera a interpretação fixada no precedente vinculante, cuja aplicação foi escorreita.

Portanto, resta demonstrado que o r. *decisum* impugnado foi preciso e individualizado, pautando-se pelas circunstâncias aduzidas no apelo extremo defensivo e pelos termos do aresto, os quais foram adequadamente ponderados com os precedentes qualificados do Pretório Excelso, não se podendo falar em decisão genérica e carente de fundamentação.

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.

Por fim, registro que os demais aspectos discutidos no recurso extraordinário restaram abarcados pelo capítulo da r. decisão ora guerreada que não o admitiu, diante da existência de óbices processuais.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, DETERMINANDO** à Secretaria o cumprimento, oportunamente, da deliberação contida na parte final do despacho de fls. 788.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1038970-60.2021.8.26.0602/50002, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante JJ SÃO BENTO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., são agravados LUCAS AUGUSTO DE BRITO (JUSTIÇA GRATUITA) e DAIANE DA SILVA MOREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao agravo e deram por prejudicado o pedido de agregação de efeito suspensivo. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57562)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) e TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 15 de fevereiro de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor. Abusividade da cláusula que prevê a restituição de valores somente ao término da obra ou de forma parcelada. Restituição imediata e integral em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcial, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento (tema 577). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado no E. STJ em julgamento repetitivo. Termo inicial da contagem dos juros de mora. Ausência de sucumbência. Razões recursais, no mais, impertinentes a esta via recursal. Inteligência do art. 1.042 do Código de Processo Civil. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO

Acesso ao Sumário

INSUFICIENTE. Descabimento. Desnecessidade de exame pormenorizado de cada uma das alegações das partes. Repercussão geral reconhecida no E. STF no Agravo de Instrumento nº 791.292/PE (tema 339). Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Jj São Bento Empreendimentos Imobiliários Ltda. contra decisão que, em ação de rescisão de compromisso de compra e venda cumulada com restituição de valores, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.300.418/SC, julgado sob o regime dos recursos repetitivos e observou a orientação estabelecida no E. Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento nº 791.292/PE. Nas razões do Agravo Interno em Recurso Especial, sustenta distinção em relação ao precedente repetitivo porque o reclamo aborda matérias sem relação com o tema aplicado, quais sejam, revogação da assistência judiciária gratuita, perda do sinal, cláusula penal pactuada entre as partes, indenização pela fruição do imóvel, não incidência de correção monetária e juros sobre os valores pagos e sucumbência mínima. Assinala que suas teses são acobertadas pela Lei do Distrato – Lei n.º 13.786/2018. Requer o recebimento do reclamo com efeito suspensivo.

No Agravo Interno em Recurso Extraordinário, alega ausência de fundamentação e violação direta ao texto constitucional, notadamente aos artigos 11 e 489 do CPC e 93, IX da CF. Assinala a necessidade de aplicação do tema 670 do E. STF ao caso. Pugna, por fim, o recebimento do reclamo com efeito suspensivo.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Acesso ao Sumário

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.300.418/SC, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, nos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. Confira-se a fls. 641/647.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 477/484) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela retenção de 30% dos valores pagos pelos compradores para compensar as despesas operacionais da vendedora.

Destaca-se trecho do V. Acórdão: "*Assim, diante circunstâncias apuradas, de adimplemento de pouco mais de 24% (vinte e quatro por cento) do total do preço, em casos como o presente, possível a majoração da retenção para 30% (trinta por cento) de desconto sobre o total dos valores pagos, aqui incluído o sinal, a abranger despesas com publicidade, venda, formalização da documentação, pagamentos de tributos (PIS, Cofins, etc.) e outros gastos administrativos, sendo suficientes para cobertura de tais encargos, não havendo como prestigiar o enriquecimento sem causa, seja de quem for cumprindo, portanto, a restituição da quantia equivalente a 70% (setenta por cento) devidamente corrigida*" (fls. 472).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

No tocante à aplicação da Lei nº 13.786/2018, como já explicitado na decisão ora impugnada, o E. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que referida lei não é aplicável a contratos anteriores à sua vigência. Tal pacificação originou-se na Questão de Ordem no Recurso Especial repetitivo nº 1.635.428/SC (tema 996), decidida em 27.3.2019, tendo sido firmado que "(...) *não se pode cogitar de aplicação simples e direta da nova Lei n. 13.786/18 para a solução de casos anteriores ao advento do mencionado Diploma legal (retroatividade da lei, com consequente modificação jurisprudencial, com ou sem modulação)*", o que reforça o descabimento do pedido e impede a abertura da instância extraordinária, por aplicável o tema 577 do E. STJ à hipótese.

Acesso ao Sumário

Referido entendimento foi ratificado em diversos julgamentos posteriores na E. Corte Superior. Confiram-se: EDcl no AgInt no REsp nº 1.816.960/RJ, Rel. Min. **Raul Araújo**, Quarta Turma, DJe de 16.11.2020; AgInt no REsp nº 1.814.240/SP, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, Quarta Turma, DJe de 28.5.2020; AgInt nos EDcl no REsp nº 1.815.822/SP, Rel. Min. **Paulo de Tarso Sanseverino**, Terceira Turma, DJe de 24.4.2020; AREsp nº 1.726.164/SP, Rel.

Min. **Luis Felipe Salomão**, DJe de 22.9.2020; AgInt no AREsp nº 1.387.445/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 1.9.2020; e Câmara Especial de Presidentes AREsp nº 1.651.605/SP, Rel. Min. **Marco Buzzi**, DJe de 29.4.2020.

Outrossim, as razões do recurso envolvendo a alegação de violação aos artigos 11 e 489 do CPC e 416 do CC, 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.

Registra-se que o termo inicial da correção monetária deve ser fixado de acordo com o art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.899/81, como reflexo da tese repetitiva firmada, que delimitou o montante e a forma de pagamento de dívida líquida e certa decorrente de resolução de contrato de compromisso de compra e venda de bem imóvel.

Assente-se que o agravante não foi sucumbente em relação à temática do termo inicial da contagem dos juros de mora, de modo que lhe falece interesse recursal nesse ponto.

Acrescente-se, ainda, que o inconformismo atinente a revogação da assistência judiciária gratuita, sucumbência e indenização pela fruição do imóvel, desafiava a interposição de Agravo contra Decisão Denegatória de Recurso Especial na forma do art. 1.042 do Código de Processo Civil, desbordando, destarte, dos estreitos limites desta via recursal.

Por outro lado, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 791.292/PE, sob a sistemática da repercussão geral, decidiu ser exigido que o acórdão ou decisão sejam fundamentados – como é o caso dos autos, conquanto contrários os fundamentos aos interesses do recorrente –, ainda que sucintamente, sem determinar o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão, valendo transcrever a ementa: "*Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos*

Acesso ao Sumário

incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral".

A decisão agravada, nestes termos, apenas aplicou a sistemática da repercussão geral, com fundamento no art. 1.030, I, "a" e "b", do CPC.

De resto, o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional no Recurso Extraordinário nº 719.870/MG (tema 670 do E. Supremo Tribunal Federal), por sua vez, não afeta o presente processo, uma vez que o julgamento de mérito, publicado em 28.10.2020, foi restrito para questão relacionada à instituição de cargos públicos. Além disso, na hipótese destes autos, não houve silêncio sobre o tema de defesa versado no recurso e sim solução da *quaestio juris* de forma suficientemente motivada, não obstante o inconformismo da recorrente.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo, na parte conhecida, e dou por prejudicado o pedido de agregação de efeito suspensivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 0002148-47.2008.8.26.0052/50002, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PAULO EUSTÁQUIO PROFETA, é agravada COLENDA CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno, DETERMINANDO à Secretaria o cumprimento, oportunamente, da deliberação contida na parte final do despacho de fls. 1378. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.309)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 19 de fevereiro de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, EM PARTE, NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO (Tema 339 do Supremo Tribunal Federal).
RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (Tema 182 do Supremo Tribunal Federal).
HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO. Fundamentação das decisões judiciais. Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Desnecessidade do exame pormenorizado de todas as alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão (Tema 339 do Supremo Tribunal Federal). Ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões no que concerne às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal (Tema 182 do Supremo Tribunal Federal).
AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto contra a r. decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 1318/1320) que, com fundamento nos Temas 182 e 339, ambos do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento, em parte, ao recurso extraordinário, com base no artigo 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil e artigo 638 do Código de Processo Penal e, no mais, não o admitiu.

Busca a Defesa, em síntese, a reforma da decisão ora agravada, afirmando que a matéria discutida no seu recurso extraordinário possui repercussão geral, cabendo exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal decisão sobre a efetiva existência ou não do requisito. Além disso, assevera que os Temas 182 e 339 não têm caráter vinculante, de modo que os casos devem ser analisados de forma individualizada. Pugna, assim, pelo provimento do agravo, com o encaminhamento dos autos à Suprema Corte (fls. 1346/1352).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 1368/1376.

Acesso ao Sumário

Registro, ainda, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 1378, para a remessa, oportunamente, dos autos aos Colendos Tribunais Superiores, diante dos agravos de fls. 1323/1333 e 1335/1345.

É o relatório.

Conheço do presente agravo interno, nos termos do artigo 33-A, § 1º, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, mas nego-lhe provimento.

Com efeito, quando do juízo de prelibação do recurso extraordinário, verificou-se que parte das questões arguidas já haviam sido submetidas ao rito da sistemática de repercussão geral, de forma que sua aplicação era necessária, em obediência à expressa previsão legal (artigos 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal – fls. 1318/1320), e não vislumbro, no agravo agora em análise, a existência de distinção ou qualquer outra peculiaridade capaz de afastar a aplicação dos Temas 182 e 339 do Supremo Tribunal Federal ao caso concreto.

Em primeiro lugar, houve expressa indicação, no recurso extraordinário, de violação ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob o argumento de falta de apreciação de teses defensivas, referentes à nulidade processual diante de oitiva de testemunha no Plenário do Júri (fls. 1267/1270), matéria essa de algum modo tratada nos acórdãos, em especial às fls. 1198/1200 e 1225, justificando, assim, a incidência do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE (Tema 339/STF), no sentido de que o acórdão ou a decisão deverão ser fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão, devendo-se ressaltar que a insatisfação com o teor da argumentação utilizada não se confunde com ausência de motivação.

De igual modo, a aplicação do Tema 182 foi acertada, observando que o apelo extremo apontou os artigos 5º, inciso XLVI, e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, como ofendidos, buscando o redimensionamento da pena -base (fls. 1270/1275), e o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 742.460/RJ em que se fixou o mencionado precedente, consignou não possuir repercussão geral a matéria relativa à ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões no que concerne à valoração das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal quando da fixação da pena-base, porque se trata de matéria infraconstitucional.

Acesso ao Sumário

Oportuno ressaltar que o próprio tema consigna que o debate de tal matéria possui caráter infraconstitucional, de forma que tal conclusão não pode ser afastada apenas por alegação defensiva de que a ofensa ao preceito constitucional indicado se deu de forma direta.

Destaco, ainda, que, uma vez decidida a matéria em sede de repercussão

geral pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 1.030, inciso I, do Código de Processo Civil), compete ao Tribunal de origem aplicar tal entendimento ao caso concreto a fim de evitar o desnecessário processamento do recurso extraordinário perante o referido Sodalício, de forma que o argumento defensivo de que os Temas 182 e 339 não possuiriam caráter vinculante não pode ser acolhido.

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 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*

1 Rcl 42588/ES, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 05/08/2020, DJe 06/08/2020.

Acesso ao Sumário

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 próprio Tribunal de origem, por meio da interposição de agravo interno (...).

Portanto, resta demonstrado que o r. *decisum* impugnado foi preciso e individualizado, pautando-se pelas circunstâncias alegadas no recurso extraordinário e pelos termos dos arestos, os quais foram adequadamente ponderados com os precedentes qualificados da Suprema Corte, sendo de rigor a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, DETERMINANDO** à Secretaria o cumprimento, oportunamente, da deliberação contida na parte final do despacho de fls. 1378.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000960-75.2023.8.26.0472, da Comarca de Porto Ferreira, em que é apelante COMPANHIA DE GÁS DE SÃO PAULO – COMGÁS, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE PORTO FERREIRA.

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 42.985)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 6 de fevereiro de 2024.

FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – CARTA DE SENTENÇA EXPEDIDA NOS AUTOS DE AÇÃO DE INSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA – GEORREFERENCIAMENTO – DESNECESSIDADE – ATO DE REGISTRO QUE NÃO IMPLICA ALTERAÇÃO DA DESCRIÇÃO DO BEM – INDICAÇÃO DE "PONTO DE AMARRAÇÃO" QUE LIGUE O LOCAL DA SERVIDÃO À DESCRIÇÃO DA MATRÍCULA DO BEM – AFASTAMENTO – PROVA DE QUE A CARTA DE SENTENÇA FOI ADITADA JUSTAMENTE PARA ESSA FINALIDADE – COMPROVANTE DE PAGAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL – INSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA QUE SE ASSEMELHA, NA ORIGEM, À DESAPROPRIAÇÃO, MODO ORIGINÁRIO DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE – EXIGÊNCIA AFASTADA – APELAÇÃO PROVIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apresentada a registro a carta de sentença expedida nos autos da ação de instituição de servidão administrativa (Processo nº 0004658-05.2006.8.26.0472, da 2ª Vara da Comarca de Porto Ferreira), o Oficial de Registro de Imóveis, no exercício do seu dever de qualificação, obstou o ingresso do título no álbum imobiliário, fazendo as seguintes exigências: a) georreferenciamento dos imóveis; b) declaração e respectivo comprovante de pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR (exercício vigente); e c) planta e memorial descritivo com um "ponto de amarração" entre a descrição perimétrica da servidão e a descrição da matrícula serviente (fls. 31/33).

O MM. Juiz Corregedor Permanente houve por bem afastar duas das exigências registrárias, mantendo, contudo, a atinente à declaração e respectivo comprovante de pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR (fls. 68/71), o que levou a concessionária de serviço público a interpor o presente recurso (fls. 87/93).

Parecer da d. Procuradoria de Justiça a fls. 116/121.

Considerando que o Ministério Público discordou do r. decisório de primeiro grau, sustentando que a única exigência que deveria ter sido mantida é a relativa à apresentação de planta e memorial descritivo com um "ponto de amarração" entre a descrição perimétrica da servidão e a descrição da área da matrícula serviente, a apelante foi intimada a se manifestar (fls. 123/124), o que ocorreu a fls. 127/136.

É o relatório.

De início, cabe observar que o MM. Juiz Corregedor Permanente e este C. Conselho Superior da Magistratura, ao apreciar questões apresentadas no procedimento de dúvida, devem requalificar o título por completo, não havendo que se falar em violação ao contraditório, *reformatio in pejus* ou decisão *extra petita*. Como se está diante do exercício de atribuição administrativa, inviável a aplicação indiscriminada de princípios que regem o Direito Processual Civil ou Penal.

Três foram as exigências feitas pelo Oficial: a) georreferenciamento dos imóveis; b) declaração e respectivo comprovante de pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR (exercício vigente); e c) planta e memorial descritivo com um "ponto de amarração" entre a descrição perimétrica da servidão e a descrição da matrícula serviente.

Em relação à primeira exigência, tem razão o MM. Juiz Corregedor Permanente ao afastá-la.

Em se tratando de registro de servidão administrativa, sem modificação de limites e confrontações do imóvel rural, o georreferenciamento do bem não se faz necessário, sendo inaplicável ao caso o § 3º do art. 225 da Lei nº 6.015/73.

Em situação semelhante, já decidiu o E. Conselho Superior da Magistra-

Acesso ao Sumário

tura:

"Registro de imóveis – Dúvida – Título judicial – Servidão administrativa – Especialidade objetiva – Título que permite identificar o lugar da servidão no imóvel serviente – Ainda que desnecessário o georreferenciamento do imóvel para o registro stricto sensu da servidão, bastando que seja possível saber onde ela se situa no imóvel, no presente caso há identidade do tipo de medição do imóvel e da servidão – Óbice afastado – Dúvida improcedente – Apelação provida" (CSM/SP – apelação nº 0003721-09.2018.8.26.0358, Rel. Des. Torres Garcia, j. em 23/6/2023).

Em relação à terceira exigência, também sem razão o Oficial.

Isso porque embora a faixa de servidão no interior do imóvel serviente deva estar perfeitamente individualizada, há prova nos autos de que o "ponto de amarração" mencionado pelo registrador já consta no título apresentado.

Com efeito, a carta de sentença acostada a fls. 47 – título apresentado a registro – constitui-se *"pelas folhas 01 a 1304 do processo digital nº 0004658-05.2006.8.26.0472"*, que tramita perante a 2ª Vara da Comarca de Porto Ferreira. E conforme fls. 151 do presente procedimento de dúvida, a fls. 1.296 do processo nº 0004658-05.2006.8.26.0472, o MM. Juiz da 2ª Vara de Porto Ferreira deferiu o aditamento da carta de sentença justamente para que nela passasse a constar os "pontos de amarração" exigidos pelo Oficial, com a apresentação de novos memoriais descritivos e plantas (fls. 137/150).

Assim, não obstante a imprescindibilidade da indicação dos "pontos de amarração", isso já foi feito por ocasião da apresentação do título.

Resta a análise da exigência relacionada à declaração e respectivo comprovante de pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR (exercício vigente).

Nesse ponto, com razão o Ministério Público, embora o fundamento não seja o apontado no r. parecer de fls. 116/121.

Em se tratando de inscrição de servidão administrativa reconhecida em processo judicial específico, aplica-se ao caso as regras concernentes à desapropriação, que é modo originário de aquisição da propriedade. Evidentemente que a servidão administrativa não implica perda de propriedade para o particular. Por outro lado, servidão administrativa e desapropriação se assemelham na origem, pois ambas, de forma coativa, atingem o direito de propriedade do particular.

A compulsoriedade da instituição da servidão administrativa ocasiona a ausência de nexo causal entre o estado jurídico anterior e a atual situação.

Daí porque aplicável ao caso dos autos o decidido na apelação nº 0001857-17.2012.8.26.0146, que afastou a exigência de comprovação do recolhimento do ITR forte nos seguintes fundamentos:

"Com essas considerações, suficientes para afastar, in concreto, toda e qualquer exigência ligada à comprovação de pagamento ou de inexis-

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - CSM

*tência de débitos fiscais desatrelados do registro idealizado, é oportuno, em acréscimo, **e particularmente quanto ao ITR** (imposto sobre propriedade territorial rural), tendo em vista o comando emergente do art. 21, caput, da Lei n.º 9.393/1996, **realçar**, à luz do acima argumentado, **a desnecessidade de comprovação de seu pagamento**, a ser fiscalizado e perseguido pela União, pela Fazenda Pública Federal ou, nos termos do art. 153, § 4.º, III, da CF, pelos Municípios. Dela (a comprovação), portanto, independe o registro.*

À dispensa afirmada, ademais, também leva a intelecção do par. único do art. 21 da Lei n.º 9.393/1996, que, ao fazer remissão ao art. 134 do CTN, condicionou a responsabilidade solidária (e subsidiária) dos tabeliães e registradores pelas obrigações não cumpridas pelo contribuinte à existência de um vínculo entre o tributo não pago e o ato praticado, ausente, em se tratando do ITR, cujo fato gerador, sendo a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel rural, é alheio ao registro da desapropriação, realizado então para fins de regularização da incorporação patrimonial havida e para dar publicidade mais expressiva à expropriação ocorrida" (CSM/SP – apelação nº 0001857-17.2012.8.26.0146, Rel. Des. Pereira Calças, j. em 20/5/2016).

Ou seja, como o fato gerador do ITR (propriedade, domínio útil ou posse de imóvel rural) é completamente alheio à inscrição da servidão administrativa, inaplicável ao caso o disposto no art. 21 da Lei nº 9.393/96, a exemplo do precedente acima citado.

Por todo o exposto, **dou provimento** à apelação, para julgar a dúvida improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001257-77.2023.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes SILVIO DANIEL ALVES MICA e LUCIMARA CANDIDA BARBOSA MICA, é apelado 2º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO.

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 42.984)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SE-

Acesso ao Sumário

ÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 16 de fevereiro de 2024.

FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA INVERSA JULGADA PROCEDENTE – REGISTRO DE INSTRUMENTO PARTICULAR DE VENDA E COMPRA COM FINANCIAMENTO BANCÁRIO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – QUALIFICAÇÃO NEGATIVA – ORDEM JUDICIAL DE INDISPONIBILIDADE DE BENS QUE RECAI SOBRE O DEVEDOR FIDUCIANTE – INEXISTÊNCIA DE OBSTÁCULO AO REGISTRO DO TÍTULO – PRECEDENTES DA CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA – ÓBICE AFASTADO – APELAÇÃO PROVIDA PARA JULGAR IMPROCEDENTE A DÚVIDA E AUTORIZAR O REGISTRO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Silvio Daniel Alves Mica e Lucimara Candida Barbosa Mica contra a r. sentença de fls. 75/76, proferida pela MMª Juíza Corregedora Permanente do 2º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Ribeirão Preto, que julgou "improcedente" a dúvida inversamente suscitada pela parte e manteve a recusa em se proceder ao registro de instrumento particular de venda e compra com financiamento bancário garantido por alienação fiduciária, que tem por objeto o imóvel matriculado sob n. 202.167 perante a referida serventia extrajudicial (prenotação n. 576.005).

Fê-lo a r. sentença, basicamente, diante da existência de ordem de indisponibilidade dos bens em nome do coadquirente Silvio Daniel Alves Mica, oriunda da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (Processo de autos n. 00011242220115150153), conforme registro datado de 04/09/2017, constante nos arquivos da serventia, o que impede a inscrição da garantia fiduciária em favor de Itaú Unibanco S.A.

Segundo a magistrada, o registro do contrato depende de prévio cancelamento da referida restrição judicial (fls. 75/76).

Apelam os suscitantes, alegando, em resumo, que não estão se desfazendo de bens, mas, ao contrário, estão aumentando o seu patrimônio, sendo que o financiamento bancário para aquisição do imóvel da matrícula n. 202.167 foi concedido mediante pacto adjeto de alienação fiduciária em favor do banco credor,

Acesso ao Sumário

de modo que eles, devedores fiduciantes, não dispõem da titularidade do imóvel enquanto pendente a quitação da dívida; que há posicionamento da Corregedoria Geral de Justiça, Recurso Administrativo n. 1117050-60.2019.8.26.0100 (Parecer CG 128/2020-E), pelo afastamento do óbice relativo à existência de indisponibilidade em desfavor do devedor fiduciante.

Em razão do exposto e pelo que mais argumentam às fls. 83/90, pedem o provimento de seu apelo.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento (fls. 122/123).

É o relatório.

Decido.

O recurso comporta provimento, respeitado o entendimento da MMª Juíza *a quo*.

Por primeiro, vale notar que, embora a dúvida inversamente suscitada pela parte tenha sido julgada improcedente, o comando judicial foi pela manutenção do óbice.

No mérito, como se sabe, o Oficial dispõe de autonomia no exercício de suas atribuições, podendo recusar títulos que entender contrários à ordem jurídica e aos princípios que regem sua atividade (art. 28 da Lei n. 8.935/1994).

No caso, o Oficial entendeu pela recusa de registro do instrumento particular de venda e compra com financiamento bancário garantido por alienação fiduciária em virtude de ordem de indisponibilidade em nome do devedor fiduciante (fls. 08/25, 26/27, 32/36, 37 e 65/66).

Contudo, o entendimento mais recente desta Corregedoria Geral da Justiça é no sentido da possibilidade de averbação da consolidação da propriedade de imóvel em favor do credor fiduciário na hipótese de inadimplemento, a despeito da existência de averbação de indisponibilidade contra devedor fiduciante (Parecer CG 128/2020-E).

A solução em questão fundamentou-se na lógica de que não há como a indisponibilidade recair sobre o próprio bem se o devedor ainda não detém a propriedade plena, de modo que incabível que tal restrição se estenda ao credor fiduciário e até mesmo aos demais credores que buscam no patrimônio do devedor a satisfação de suas obrigações.

Destacou-se que entendimento contrário, no sentido de que a indisponibilidade na matrícula obsta a consolidação da propriedade, vai de encontro ao conceito do próprio instituto da alienação fiduciária.

Conforme o Parecer em questão, de lavra do Juiz Assessor da Corregedoria Alberto Gentil de Almeida Pedroso, com aprovação pelo então Corregedor Geral da Justiça, Desembargador Ricardo Anafe (destaques nossos):

"*Entretanto, adentrando na análise do modelo idealizado pela Lei n.º 9.514/97 para alienação fiduciária,* ***não parece existir óbice algum ao***

Acesso ao Sumário

ato de consolidação da propriedade em favor do credor, desde que observado o procedimento legal – pois a indisponibilidade não atinge especificamente o bem imóvel objeto do contrato, mas os direitos reservados ao devedor*.*

(...) ***O bem objeto de alienação fiduciária não encontra-se no patrimônio do devedor até quitação da dívida*** *firmada entre as partes. Assim, mostra-se equivocado impedir a consolidação da propriedade outrora resolúvel em definitivo em favor do credor sob o argumento de existir ordem de indisponibilidade.*

Em reforço, vale trazer à baila posição atual da Jurisprudência sobre o ***não alcance das ordens judiciais de constrição de bens contra o executado (devedor) em relação as propriedades resolúveis oriundas de alienação fiduciária*** *em favor dos credores fiduciários:*

Agravo de Instrumento – Decisão que indeferiu o levantamento de indisponibilidade sobre bem imóvel alienado fiduciariamente – Impossibilidade – Alienação fiduciária anterior à citação do devedor na ação civil pública, bem como, à determinação de indisponibilidade – Ausência de comprovação da má-fé – ***Constrição que deve recair sobre os direitos derivados da alienação fiduciária*** *– Decisão reformada – Recurso provido.*

(TJSP, Agravo de Instrumento nº 2033445-14.2019.8.26.0000, Comarca: Ubatuba, Agravante: BANCO TRICURY S.A. Agravado: MUNICÍPIO DE UBATUBA, Rel: Drº Jefferson Moreira de Carvalho)".

A mesma lógica se aplica ao caso concreto: o codevedor Silvio Daniel Alves Mica, contra quem recai a ordem de indisponibilidade (fl. 26), não é titular da propriedade plena do imóvel em conformidade com o que dispõe a Lei n. 9.514/97 (que instituiu e regulamentou a alienação fiduciária de coisa imóvel). A restrição, portanto, não atinge especificamente a propriedade do bem imóvel objeto do contrato, mas apenas os direitos reservados ao devedor.

Na realidade, o registro vem em benefício de possíveis credores. Isso porque o devedor fiduciante, após o registro, se tornará titular de direito real de aquisição, de valor patrimonial e passível de penhora. Em termos diversos, o registro aumenta o patrimônio da pessoa sobre quem recai a ordem da indisponibilidade, e não o diminui. A indisponibilidade tem a função de impedir a redução patrimonial, jamais a sua majoração, pena de violar a própria função do instituto.

A indisponibilidade não pode se estender, em consequência, à instituição financeira credora fiduciária (Itaú Unibanco S.A.).

Diante disso, não se vislumbra, com o registro, qualquer prejuízo aos credores da ação em que declarada a indisponibilidade de bens ou mesmo a terceiros, já que a restrição será averbada em ato contínuo ao registro pretendido, em conformidade com o disposto no item 412.3 do Cap. XX das NSCGJSP.

Acesso ao Sumário

Em outras palavras, até que a ordem de indisponibilidade seja eventualmente levantada, o coadquirente não poderá transmitir seus direitos durante o financiamento do bem, sendo que, após eventual consolidação da propriedade pela quitação da dívida, também de nada poderá dispor.

Tal entendimento foi reafirmado em outra ocasião consoante Parecer de lavra da MMª Juíza Assessora da Corregedoria Leticia Fraga Benitez, com aprovação pelo então Corregedor Geral da Justiça, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia (Parecer 272/2022-E, Processo Administrativo n. 1000690-63.2020.8.26.0405, j. 02/08/2022):

> *"Nos termos da Lei n.º 9.514/97, entretanto, não existe óbice algum ao ato de consolidação da propriedade em favor do credor, desde que observado o procedimento legal.*
> *Consoante dispõe o art. 22, do referido Diploma Legal:*
> *'A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel'.*
> *A indisponibilidade não atinge especificamente o bem imóvel objeto do contrato, mas os direitos reservados ao devedor.*
> *Conforme nos ensina Melhim Namem Chalhub:*
> *'com o registro do contrato de alienação fiduciária, o credor torna-se titular do domínio resolúvel sobre a coisa objeto da garantia, permanecendo sob seu domínio até que o devedor pague a dívida. O bem, assim, é excluído do patrimônio do devedor, só retornando a ele após o cumprimento da obrigação garantida' (Alienação Fiduciária – Negócio Fiduciário, 5ª ed., Ed. Forense, pág. 239).*
> *O bem objeto de alienação fiduciária não se encontra, pois, no patrimônio do devedor até quitação da dívida firmada entre as partes.*
> *O devedor fiduciante detém, assim, apenas um direito real à aquisição, mas não o domínio, ou seja, somente em adimplindo as prestações é que passará a exercer o domínio sobre o imóvel.*
> *Nesta ordem de ideias, in casu, a indisponibilidade não recai sobre a propriedade, mas apenas sobre os direitos de devedor fiduciante.*
> *Não é o imóvel que está indisponível, mas sim os direitos de devedor fiduciante".*

Em suma, o óbice apresentado pelo Oficial deve ser afastado, com autorização de ingresso do título perante o Registro Imobiliário.

Diante do exposto, pelo meu voto, **dou provimento** à apelação para julgar improcedente a dúvida e autorizar o registro.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1130468-26.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante S.B.A., é apelado 10º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.010)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 16 de fevereiro de 2024.

FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – ESCRITURA PÚBLICA DE DIVÓRCIO E PARTILHA DE BENS – EXCESSO DE MEAÇÃO – DIVISÃO DOS BENS IMÓVEIS NÃO IGUALITÁRIA – VALOR EXCEDENTE PAGO EM ESPÉCIE – TRANSMISSÃO ONEROSA CONFIGURADA – ITBI DEVIDO – ÓBICE MANTIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO:

Trata-se de apelação interposta por **S.B.A.** contra a r. sentença proferida pela MMª Juíza Corregedora Permanente do 10º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo que, na dúvida suscitada, manteve a recusa do registro da escritura pública de divórcio e partilha com referência ao imóvel da matrícula nº 70.670 daquela serventia extrajudicial (fls. 47/50).

Alega o apelante, em síntese, que a partilha de bens foi realizada de forma igualitária, com a divisão idêntica do valor patrimonial, não havendo, portanto, recebimento de quinhão de valor superior ao da respectiva meação. Houve apenas partilha de bens comuns entre os ex-cônjuges, o que não configura ato oneroso a justificar a incidência do imposto de transmissão ITBI. Por isso, pugna pelo provimento do recurso para julgar improcedente a dúvida, determinando o registro do título (fls. 56/65).

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso

Acesso ao Sumário

(fls. 96/100).

É o relatório.

Decido.

O registro da escritura pública de divórcio e partilha de bens foi negado pelo Oficial, que expediu nota de devolução com o seguinte teor (fls. 36/37):

"1. Conforme se verifica, a partilha dos imóveis que integravam o patrimônio do casal ficou caracterizada pelo 'excesso de meação' em favor de um dos ex-cônjuges (S.B.A.), razão pela qual há incidência do imposto de transmissão – ITBI, nos termos da legislação do Município de São Paulo (Lei n. 11.154/91 e Decreto n. 55.196/2014).

Nesse sentido, é necessário que seja recolhido e apresentado o respectivo comprovante do pagamento do ITBI (se cópia, autenticada) incidente sobre o valor dos imóveis, que excede a meação de S.B.A.

(...)"

De acordo com a partilha de bens (fls. 20/35), constatou-se que o ex-marido recebeu bens imóveis e móveis que somaram o valor de R$ 23.268.000,00 e à ex-mulher foram atribuídos bens imóveis e móveis que totalizaram a quantia de R$ 2.868.000,00. Diante da diferença de quinhões, para igualar a meação, o apelante pagou à ex-cônjuge, a quantia de R$ 10.200.000,00 (fls. 30).

No entanto, como se constatou, os bens imóveis que compõem o patrimônio comum não foram divididos de modo igualitário, porquanto o ex-marido ficou com os bens imóveis que atingiram o montante de R$ 4.994.500,00 e a ex-mulher com os bens imóveis no valor total de R$ 1.000.000,00.

A respeito, o artigo 2º, inciso VI, da Lei do Município de São Paulo nº 11.154, de 30 de dezembro de 1991, estabelece:

"Art.2º – Estão compreendidos na incidência do imposto:

(...)

VI – o valor dos imóveis que, na divisão de patrimônio comum ou na partilha, forem atribuídos a um dos cônjuges separados ou divorciados, ao cônjuge supérstite ou a qualquer herdeiro, acima da respectiva meação ou quinhão, considerando, em conjunto, apenas os bens imóveis constantes do patrimônio comum ou monte-mor".

Assim, como se vê, a legislação municipal determina expressamente, para fins de incidência de imposto de transmissão ITBI, a consideração apenas dos bens imóveis, de modo conjunto, constantes do patrimônio comum.

Nestes termos, foi correta a qualificação registral negativa ante a incidência do imposto no caso concreto, pois, considerados os bens imóveis, houve excesso de meação mediante compensação do valor recebido a maior pelo ex-marido com outros bens do acervo comum, exigindo o pagamento do imposto de transmissão ITBI.

É da incumbência do Registrador a fiscalização do pagamento do imposto

Acesso ao Sumário

de transmissão dos bens imóveis por força dos atos que lhe forem apresentados em razão do ofício (item e subitem 117 e 117.1, do Capítulo XX, do Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça), sob pena, inclusive, de ser responsabilizado solidariamente pelo pagamento do tributo (artigo 134, IV, do Código Tributário Nacional).

À falta de decisão judicial que exclua, na hipótese concreta, a incidência do imposto de transmissão ITBI em conformidade com a legislação de regência, compete o seu recolhimento.

Note-se que os entendimentos jurisprudenciais relacionados na peça recursal são todos de órgãos jurisdicionais.

Sobre a questão posta, este Colendo Conselho Superior da Magistratura já teve oportunidade de se debruçar, valendo colacionar os seguintes precedentes:

"REGISTRO DE IMÓVEIS – ESCRITURA PÚBLICA DE DIVÓRCIO E PARTILHA DE BENS – EXCESSO DE MEAÇÃO – DIVISÃO DOS BENS IMÓVEIS NÃO IGUALITÁRIA – VALOR EXCEDENTE PAGO COM OUTROS BENS DO ACERVO COMUM – TRANSMISSÃO ONEROSA CONFIGURADA – ITBI DEVIDO – ÓBICE MANTIDO – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Apelação nº 1073633-52.2022.8.26.0100, j. 09/05/2023, Rel. DES. FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA).

REGISTRO DE IMÓVEIS. Dúvida julgada procedente. Partilha realizada em ação de divórcio. Imposto de transmissão 'inter vivos'. Apartamento e vaga de garagem atribuídos para a apelante. Partilha desigual, com previsão de pagamento de quantia em dinheiro, ao divorciando, para a reposição do valor correspondente à sua meação na totalidade dos bens comuns. Necessidade de comprovação da declaração e do recolhimento do imposto de transmissão 'inter vivos', ou de decisão judicial em que reconhecida a sua não incidência. Recurso não provido." (Apelação Cível nº 1067171-21.2018.8.26.0100, j. 26/02/2019, Rel. DES. PINHEIRO FRANCO).

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1009672-29.2021.8.26.0309/50002, da Comarca de Jundiaí, em que são embargantes UESLEY DE SOUZA RIBEIRO e EVANILDA MENDES RIBEIRO, é embargado 2º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos de

Acesso ao Sumário

declaração, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.983)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 6 de fevereiro de 2024.

FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – DÚVIDA – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE APRECIAÇÃO DE DOCUMENTO JUNTADO, QUE CONTUDO, REVELA INCONFORMISMO DA PARTE EMBARGANTE – CARÁTER INFRINGENTE DO RECURSO – SITUAÇÃO QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS (CPC, ART. 1.022) – EMBARGOS REJEITADOS.

VOTO

Trata-se de petição denominada "embargos de declaração" ofertada por **Uesley de Souza Ribeiro e Evanilda Mendes Ribeiro**.

Afirmam, em suma, que por algum problema operacional do processo eletrônico, a petição juntada às fls. 686/687 da dúvida registral, dirigida aos autos dos embargos de declaração, não foi apreciada, o que seria de suma importância, pois ali está reiterado que o jurisperito Engenheiro Rodrigo Alves de Camargo adequou seu trabalho técnico às exigências do 2º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Jundiaí para que o título pudesse ser registrado. Isto posto, requerem o recebimento dos embargos de declaração para o saneamento da omissão apontada (fls. 01/02).

É o relatório.

Por meio dos novamente intitulados "embargos de declaração" alegam os ora "embargantes" que a petição juntada às fls. 686/687 não fora apreciada, o que seria de suma importância, pois comprova que as exigências feitas pelo 2º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Jundiaí foram cumpridas.

Acesso ao Sumário

Ocorre que, como já consignado no V. Acórdão de fls. 26/29, a mencionada petição de fls. 686/687 foi devidamente apreciada, consignando-se ser inadmissível o atendimento parcial das exigências no curso da dúvida, posto alterar a instrução obrigatória do título para seu ingresso, o que deve ocorrer em momento anterior à própria suscitação.

Assim, como já fixado anteriormente, inviável acolher-se a pretensão dos embargantes constante da petição de fls. 686/687 devendo o novo trabalho pericial submeter-se a nova qualificação registral após a pertinente prenotação.

Nesta ordem de ideias, não se vê, pois, no recurso interposto caráter de integração do V. Acórdão recorrido, como é da índole dos embargos de declaração.

Ao apontar a ocorrência de suposta omissão, pretendem os embargantes, em verdade, a modificação da decisão proferida, mais que seu aclaramento.

No entanto, não se prestam os embargos de declaração, salvo situações excepcionais, à obtenção de efeitos infringentes. E, no caso concreto, não se vislumbra tal excepcionalidade.

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeito** os embargos de declaração opostos.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

GILSON DELGADO MIRANDA (Diretor da Escola Paulista da Magistratura)

Discurso proferido na "Sessão de Posse Administrativa do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura" (Cerimônia realizada em 08.01.2024).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, na pessoa de Vossa Excelência peço vênia para saudar e cumprimentar todos os integrantes do Conselho Superior da Magistratura já nominados e autoridades presentes.

Excelentíssimo Desembargador Ricardo Cunha Chimenti, Vice-Diretor da Escola Paulista da Magistratura, na pessoa de Vossa Excelência cumprimento também todos os Desembargadores e Juíza integrantes do Conselho Consultivo e de Programas da EPM que tomam posse hoje.

Excelentíssimos Desembargadores e Desembargadoras. Excelentíssimos Juízes e Juízas da capital, do interior e do litoral. Caros Servidores e Servidoras.

Senhoras e Senhores.

O momento é de agradecimento.

Agradecer a todos os Desembargadores, Desembargadoras, Juízes, Juízas, Servidores e Servidoras que confiaram no nosso projeto e tornaram possível a escolha do nosso grupo para a Direção da EPM nesse biênio 2024/2025.

Agradecer a todos os integrantes da EPM que representam o Direito Privado, o Direito Criminal e o Direito Público, o Vice- Diretor e a Juíza de Primeiro Grau.

A nossa responsabilidade é imensa.

A EPM completou recentemente 35 anos. O seu tamanho hoje impressiona.

Uma escola plural e bem estruturada. Conta com 35 Coordenadorias de área, 15 delas criadas no último biênio, promovendo palestras, cursos e seminários sobre temas sensíveis da sociedade. Temos ainda vários convênios nacionais e internacionais.

Em 2022, a EPM ofereceu 126 cursos, sendo 10 de pós-graduação, totalizando 22.416 alunos. Em 2023, até o início de dezembro, foram 88 cursos, com 22.716 alunos.

Em 2023, estreitamos as relações com as escolas da magistratura europeias.

Em março próximo teremos um grande evento sobre direito ambiental

Acesso ao Sumário

com as Escolas de Portugal, França, Itália e Espanha: "Litígios globais, meio ambiente e cidadania internacional".

Como se vê, nesses 35 anos a EPM, como integrante da estrutura do Tribunal de Justiça de São Paulo, tem tido um papel fundamental na valorização da Magistratura Paulista. Renovamos o nosso compromisso na capacitação dos Juízes e dos Servidores. O nosso compromisso em dar continuidade ao maravilhoso trabalho desenvolvido nas gestões anteriores e, nesse passo, não posso deixar de cumprimentar o Diretor da EPM que encerra sua gestão, Desembargador José Maria Câmara Júnior, pelo trabalho impecável que elevou ainda mais o reconhecimento da EPM no cenário jurídico nacional e internacional.

Esse agradecimento especial se estende também a todos os funcionários da Escola Paulista da Magistratura e da Escola Judicial dos Servidores.

A EPM continuará desenvolvendo os eventos necessários para a capacitação, formação e orientação dos Juízes e dos Servidores para que possamos cumprir com zelo e competência o mister constitucional de distribuir justiça com eficiência e celeridade. Produzir conhecimento de alto nível é o nosso compromisso maior e a nossa meta.

Com certeza, teremos muito trabalho no próximo biênio e para isso contamos com a participação de todos. Muito obrigado!

ADALBERTO JOSÉ QUEIROZ TELLES DE CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente da Seção de Direito Criminal)

Discurso proferido na "Sessão de Posse Administrativa do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura" (Cerimônia realizada em 08.01.2024).

Excelentíssimo Senhor Presidente, desta Augusta Corte, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, na pessoa de quem peço vênia para saudar os integrantes da mesa e as demais autoridades civis e militares presentes.

Cumprimento também os Senhores Magistrados, Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Delegados de Polícia, Advogados e Servidores.

Minhas Senhoras e meus Senhores.

O momento é de agradecimento e de reafirmar o propósito de bem servir nossa honrada Seção de Direito Criminal. Começo pelos agradecimentos, porque a gratidão desenha o caráter da pessoa.

Agradeço a Deus pela vida abençoada que tenho, aos meus pais, em especial meu pai *in memorian*, pelo que me tornei, à minha mulher Maria Estela, aos meus filhos Marina e Rodrigo, pelos êxitos que me propiciaram alcançar, à mi-

nha netinha Alice que na pureza de seu olhar e na doçura de seu sorriso renovo minhas energias, e ao meu genro Matheus e minha nora Luiza, por estarem sempre presentes, inclusive deixando seus afazeres para virem aqui me prestigiar.

Agradeço aos estimados colegas pelo voto de apoio e confiança com que me honraram, elegendo-me Presidente da Seção.

Tenham certeza de que honrarei, todos os dias, os votos recebidos.

Agradeço aos demais colegas que, terminada a eleição, colocaram-se à disposição para me auxiliar no exercício da presidência.

O trabalho, a amizade, a união, a fraternidade, a harmonia e a colaboração são traços marcantes da nossa Seção.

Passo a reafirmar os compromissos assumidos com os colegas para o exercício da presidência da Seção de Direito Criminal.

Renovo o propósito de bem servir nossa Seção e a cada colega, enfrentando questões pontuais e visando o aperfeiçoamento e aprimoramento da nossa dinâmica administrativa, em especial nos serviços cartorários, do distribuidor e da seção de processamento dos Recursos Extraordinário e Especial, possibilitando-nos melhores condições de trabalho, bem como aos nossos valorosos Servidores.

Defenderei incessante e intransigentemente nossa Seção e os colegas, no mesmo tom, de qualquer agressão recebida, por menor que seja a bravata.

No Colendo Conselho Superior da Magistratura, zelarei pelos interesses e necessidades da nossa Seção e dos colegas, inclusive quanto à rígida observância às nossas prerrogativas e vencimentos.

Na Colenda Câmara Especial, uma das mais sensíveis do Tribunal à luz da relevante matéria que abarca, e que integrarei no assento da Seção de Direito Criminal, trabalharei arduamente para a proteção integral dos direitos fundamentais especiais e específicos de crianças e adolescentes.

Na Colenda Câmara de Presidentes procurarei agilizar a elaboração dos votos e julgamento dos recursos da nossa Seção, imprimindo maior celeridade.

Reafirmo ainda o propósito de ampliar a divulgação do trabalho de excelência realizado pelo Cadicrim, que facilita muito nosso dia a dia, inclusive incrementando cursos e palestras, buscando e atualizando conhecimentos, extensivo aos nossos assistentes.

Finalizando, tenho pouco a dizer, muito a agradecer e a aprender, com a certeza de estarmos unidos para a prestação da melhor e mais eficiente tutela jurisdicional.

Que Deus ilumine nossos passos! Muito obrigado!

Acesso ao Sumário

HERALDO DE OLIVEIRA SILVA (Presidente da Seção de Direito Privado)

Discurso proferido na "Sessão de Posse Administrativa do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura" (Cerimônia realizada em 08.01.2024).

Boa tarde a todos.

Quero cumprimentar todos os Desembargadores, Juízes, Procuradores e Promotores de Justiça, na pessoa do nosso Presidente Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, bem como o nosso Conselho Superior da Magistratura, que está tomando posse.

Quero também cumprimentar todos os familiares, Advogados, funcionários, bem como todos os presentes na pessoa de minha esposa, Lisete Paula dos Santos Silva, com quem comemorei ontem a sorte grande de ter casado há 47 anos, tendo-a conhecido no seu baile de formatura de ginásio, e lá se vão 53 anos de namoro.

Principalmente, agradecer a Deus por essa oportunidade de participar da administração do nosso Tribunal, congraçando 41 anos de Magistratura, assim como tive a oportunidade de participar da administração da Associação Paulista de Magistrados (Apamagis), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Magiscred Cooperativa de Crédito dos Magistrados, Academia Paulista dos Magistrados, entre outras.

Hoje é um momento de alegria e congraçamento, para passarmos, amanhã, à reflexão e à árdua empreitada de administrar o 3º maior Tribunal do país, perdendo, em número de processos, apenas para o nosso Tribunal de Justiça de São Paulo e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O grande desafio será equalizar a grande distribuição das apelações, que foram superiores a 500.000 em 2023, aos nossos 190 Desembargadores e 42 Juízes Substitutos em Segundo Grau, em desproporção aos demais Desembargadores e Juízes Substitutos em 2º Grau que atuam no Direito Público e no Direito Criminal.

A reclamação dos Desembargadores e Juízes do Direito Privado é grande, mas o Conselho Superior da Magistratura, que toma posse nesta oportunidade, é sensível a esse fato e nos ajudará a resolver essa distorção.

Esse trabalho também será atenuado pela excelente equipe formada pelos Juízes: Alexandre Andretta dos Santos, Caren Cristina Fernandes de Oliveira, Daniel Serpentino, Fernando Henrique de Oliveira Biolcati, Maria Cristina de Almeida Bacarim e Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira.

E, também, da equipe de nossos experientes funcionários do nosso Tribunal, com sua grande parte herdada da administração do nosso atual Vice-Presi-

Acesso ao Sumário

dente Artur Cesar Beretta da Silveira, composta pelas Diretoras Roberta Torres-casana Centrone Martins e Claudiane Neri Cavalcanti, pelo Supervisor Marco Aurélio da Silva e pela Supervisora Geane Gimenez.

Devemos ser responsáveis uns pelos outros, pois cada ação minha tem influência no coletivo, que por si só me faz ser responsável pelos outros.

As ações devem ser bem pensadas para só ter impacto positivo no colegiado. Resumo essa posse na seguinte frase:

"A vida não vale um momento, mas há momentos que valem uma vida".

Obrigado.

RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO (Presidente da Seção de Direito Público)

Discurso proferido na "Sessão de Posse Administrativa do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura" (Cerimônia realizada em 08.01.2024).

Saúdo o Conselho Superior da Magistratura na pessoa do Desembargador Ricardo Mair Anafe, que tão bem conduziu o Tribunal nesse biênio complexo, e o Conselho que hoje toma posse na pessoa do Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia e seus demais integrantes, amigos de longa data e com quem terei a honra de trabalhar neste biênio que inicia.

Um especial cumprimento aos Desembargadores José Maria Câmara Júnior e Gilson Delgado Miranda e a todo o Conselho da Escola Paulista da Magistratura pelo trabalho relevante prestado à magistratura e à difusão do conhecimento entre nós.

Saúdo as demais autoridades já nomeadas e cuja presença muito honra o Tribunal.

Acesso ao Sumário

Hoje é um dia de alegria pela confiança em nós, em mim em especial, depositada pelos Desembargadores, meus amigos e colegas, deste Tribunal tão especial, uma alegria que compartilho com meu pai, Renato Torres de Carvalho Filho, exemplo vivo de honradez, trabalho e amor à Magistratura, que trinta anos atrás ascendia a esta cadeira que hoje passo a ocupar; com minha família aqui presente, Jacira, Júlia, Flávia, Bruno, meus irmãos e irmãs, em cujo nome menciono o Desembargador Reinaldo Cintra Torres de Carvalho, Presidente da Associação Brasileira de Magistrados da Infância e Juventude (Abraminj), Coordenador da Infância e Juventude do Tribunal e integrante da Banca de Concurso à Magistratura.

Divido esta alegria com meus colegas, amigos e irmãos da 10ª Câmara

de Direito Público, juntos há dezoito anos, da 1ª Câmara Ambiental e da Turma Especial da nossa Seção, em que por tantos anos atuei.

E esta alegria se espraia a todos os presentes, aos meus Assistentes que tanto trabalharam comigo, aos Juízes Assessores que dividirão comigo o trabalho à frente e a tantos Servidores que me acompanharam todos estes anos e sem quem pouco teria sido feito.

Dizem que o Médico cura as feridas do corpo e o Juiz cura as feridas da alma. São profissões ou atividades irmãs em que recebemos pessoas em crise e pessoas que sofrem e que, da atenção dispensada aos seus casos, grandes ou pequenos, saem mais confortadas.

Muito mudou desde a minha posse na Magistratura; o mundo ficou mais complexo, a sociedade mais dividida, problemas novos surgiram e o Judiciário foi se tornando o apoio e o esteio desse mundo em transformação.

Parte substancial das esperanças, das expectativas e dos dilemas envolvem a atuação do Estado e, em consequência, do Direito Público; uma quantidade de cada vez maior de processos e uma complexidade que mais exige do julgador.

Minha esperança e meu trabalho se voltam a esses vários aspectos, um olhar na vida de dentro, com um melhor funcionamento da máquina e da burocracia, e na vida de fora, atento ao resultado da nossa atividade para seus destinatários, os cidadãos e pessoas do nosso Estado de São Paulo e do país.

É um trabalho facilitado por suceder aos Desembargadores Paulo Magalhães da Costa Coelho e Wanderley José Federighi, para citar apenas os mais próximos, que tanto atuaram, e pelo ambiente acolhedor da nossa Seção, de que são exemplo os Desembargadores Sidney Romano dos Reis e Décio de Moura Notarangeli, a quem saúdo em nome dos demais. Esta é uma gestão de todos.

Muito obrigado e um feliz 2024 para todos nós.

FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO (Corregedor-Geral da Justiça)

Discurso proferido na "Sessão de Posse Administrativa do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura" (Cerimônia realizada em 08.01.2024).

Boa tarde a todas e todos.

Eu saúdo todos os integrantes do Conselho Superior da Magistratura na pessoa do Eminente Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Presidente do Tribunal, e, também, do Desembargador Ricardo Mair Anafe, que cumpriu o biênio 2022/2023. E saúdo também todos os meus colegas de Magistratura,

Desembargadores e Juízes aqui presentes, Familiares e demais autoridades presentes.

Inicialmente, eu quero agradecer à minha família na pessoa da minha esposa Lúcia e de meus filhos, e quero agradecer, em especial, ao Tribunal Pleno e a cada um dos Desembargadores que depositaram em mim a confiança e o reconhecimento. Eu tive uma votação muito expressiva, o que, de algum modo, se reflete na maior responsabilidade e no maior compromisso que eu deverei ter frente à Corregedoria Geral da Justiça.

Há um compromisso, e esse compromisso é de servir bem o Poder Judiciário de São Paulo, que é responsável, sozinho, por 27% de todas as demandas ajuizadas no país. E correm no Estado de São Paulo 21 milhões de processos.

O Tribunal de São Paulo é enorme, quase 40 mil funcionários, e a Corregedoria Geral tem por atuação, por essência de atuação, o Primeiro Grau de Jurisdição. Os Juízes de Primeiro Grau estão trabalhando no limite ou além do limite. Eles trabalham com um volume de processos e com metas praticamente impossíveis de serem cumpridas.

Hoje, o grande desafio de todos nós, Juízes e Desembargadores, é julgar muito e julgar bem. Não basta julgar muito, nós devemos julgar bem, ou seja, conciliar quantidade, uma quantidade quase insuportável, com uma qualidade dos julgamentos, porque decidimos a vida de cada uma das pessoas, em cada sentença, em cada acórdão que nós proferimos. Essa é uma tarefa praticamente impossível, delicadíssima de ser cumprida.

Qual é a função da Corregedoria? O nome diz corrigir, mas não só. A Corregedoria é lugar de ajuda, é lugar de apoio. Ou seja, a ideia é apoiar, é ajudar a todos os Magistrados que hoje se encontram sobrecarregados de serviço. Nós temos um problema, e o problema é a finitude de recursos. Não há como contratar mais Juízes, mais funcionários, no número que seria desejável. Por isso, a grande tarefa da Corregedoria será implantar métodos de serviço e mecanismos para que nós possamos fazer mais com os recursos que temos. Essa é a grande meta, a grande tarefa da Corregedoria Geral: melhorar os métodos de trabalho.

Além disso, nós temos que enfrentar – já chegou a hora – um verdadeiro flagelo que assola o Tribunal de São Paulo, que são as demandas predatórias. Elas consumiram, nos últimos anos, mais de R$ 3 bilhões dos cofres públicos. Hoje elas estão mapeadas, há um núcleo específico na Corregedoria que detecta quais são as demandas predatórias, quem são os Advogados responsáveis por elas. Isso está mapeado e caracterizado. Falta o segundo passo, que é reprimir esse tipo de comportamento. Essa será a segunda grande missão da Corregedoria. Nós temos que criar mecanismos de coibir, de reprimir esse comportamento inadmissível, que prejudica o Poder Público, prejudica a Magistratura e prejudica a própria Advocacia, porque impede que os Advogados que têm demandas corretas, sérias, possam ser julgadas rapidamente. Essas serão as duas grandes

Acesso ao Sumário

metas da Corregedoria Geral.

É claro que eu espero contar com a ajuda de todos os colegas e de todas as colegas da minha equipe de Juízes Auxiliares da Corregedoria Geral. Agradeço e vou suceder ao Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, que fez um trabalho exemplar à frente da Corregedoria, o que muito facilita o meu trabalho, e espero, no Conselho Superior da Magistratura e no Órgão Especial, trabalhar em absoluta harmonia com os colegas.

Nós já temos no Judiciário problemas suficientes para que tenhamos qualquer celeuma interna dentro do Conselho Superior ou, ainda, no Órgão Especial. A união de todos os membros do Conselho Superior é fundamental. Por isso, eu termino aqui.

Agradeço a presença de todos, conto com a ajuda de todos e, finalmente, conto também e agradeço a confiança de todos aqueles que votaram e depositaram em mim o reconhecimento. E o agradecimento fica aqui.

Muito obrigado a todos.

ARTUR CESAR BERETTA DA SILVEIRA (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido na "Sessão de Posse Administrativa do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura" (Cerimônia realizada em 08.01.2024).

Senhor Presidente Fernando Antonio Torres Garcia, em nome de Vossa Excelência cumprimento todo o Conselho Superior da Magistratura, que hoje toma posse. Também, assim, a Diretoria e o Conselho da Escola Paulista da Magistratura (EPM) e Escola Judicial dos Servidores (EJUS), que também hoje tomam posse. Cumprimento o Eminente Desembargador Ricardo Mair Anafe, pela gestão passada, e, também, o nosso Presidente Geraldo Francisco Pinheiro Franco, da gestão retrasada, que enfrentou a pandemia e, na administração do Tribunal, a venceu. O Desembargador Ricardo Mair Anafe, que pegou a pós-pandemia, tão difícil quanto, e, também, fez o Tribunal subir mais um degrau na eficiência e competência.

Cumprimento todas as Senhoras Desembargadoras, Senhores Desembargadores, e peço licença para fazer em nome do meu amigo, do meu parceiro de 20 anos na 3ª Câmara de Direito Privado, Desembargador Carlos Eduardo Donegá Morandini – estamos há 20 anos ali na 3ª Câmara. Em nome de Vossa Excelência, Desembargador, cumprimento todas as Desembargadoras, Desembargadores, os ilustres integrantes do Colendo Órgão Especial – vejo vários e

muitos aqui.

Hoje, Senhor Presidente, Doutor Fernando Antonio Torres Garcia, é apenas para agradecer: em primeiro lugar, sempre a Deus, que nos ilumina, que nos protege. Eu tenho dito que, a cada gestão que vem, o Tribunal sobe um degrau. Subiu com o Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, subiu com o Desembargador Ricardo Mair Anafe e haverá de subir, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, com Vossa Excelência. O Conselho estará unido, forte e firme, apoiando a gestão de Vossa Excelência, esteja certo disso. Estaremos sempre pensando na Magistratura e no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Eu cumprimento agora, em especial, a minha esposa Régia, porque os demais membros da minha família não puderam comparecer. Meu pai, que está no céu e nos assiste, tenho certeza. Minha mãe, com mais de 90 anos. Minhas irmãs, meus irmãos, meus três filhos, meu netinho. Vejo as duas netinhas do Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia e meu netinho, hoje, não pôde vir. Cumprimento, hoje, minha querida esposa, que representa a nossa família. Muito obrigado pela sua presença, que sempre me ilumina.

Senhoras e Senhores Desembargadores, muito obrigado.

RICARDO MAIR ANAFE (Presidente do Tribunal de Justiça – biênio 2022/2023**)**

Discurso proferido na "Sessão de Posse Administrativa do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura" (Cerimônia realizada em 08.01.2024).

Muito boa tarde.

De antemão, cumpre-me saudar Sua Excelência, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, caríssimo Presidente eleito, que, bom amigo, fará uma gestão magnífica, não tenho a menor dúvida.

Acesso ao Sumário

Cumprimentar Sua Excelência, o Doutor Fábio Pietro, Secretário da Justiça e Cidadania, representando Sua Excelência, o Governador do Estado de São Paulo.

Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Artur Cesar Beretta da Silveira, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça. Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, Corregedor-Geral da Justiça.

Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Ricardo Cintra Torres de Carvalho, Presidente da minha querida Seção de Direito Público.

Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Heraldo de Oliveira Silva, Presidente da Seção de Direito Privado, a maior Seção do Tribunal, equi-

valente ao Tribunal do Rio de Janeiro em número de desembargadores, 190.

Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Presidente da Seção de Direito Criminal.

Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Gilson Delgado Miranda, Diretor da Escola Paulista da Magistratura (EPM) e da Escola Judicial dos Servidores (EJUS).

Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, de quem eu tive a honra de receber a Presidência.

Cumprimentar Sua Excelência, o Desembargador Silmar Fernandes, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

Confessadamente, fiquei pensando no que ia dizer hoje. Eu fiz tanto discurso durante dois anos, e aí fiquei: vou agradecer? Já agradeci, já mandei carta de agradecimento, escrevi no Diário da Justiça Eletrônico a minha gratidão aos colegas, aos servidores, a todos aqueles que atuaram perante este Tribunal.

Falar do que cumpri na minha gestão, do que deixei de cumprir? Os relatórios foram apresentados oficialmente. E o mais importante – que eu realmente cumpri as coisas de campanha, mas isso não é o mais importante. O mais importante é que, no dia da posse, prometi que daria o melhor de mim e eu dei o melhor de mim ao Tribunal de Justiça.

Sei que não agradei a todos; agradei em parte. Mas, de uma forma ou de outra, não tenho a menor dúvida, dei o melhor de mim ao Tribunal de Justiça, a elevar este Tribunal de Justiça, que não é só o maior, ele é o melhor Tribunal do Brasil, sem sombra de dúvida, por força de seus Magistrados e seus Servidores.

O meu discurso hoje é um discurso para desejar muita sorte, uma gestão profícua, lídima. Tudo de bom, tudo de bom mesmo. O Tribunal merece, o Conselho eleito merece e aqui, em especial, confesso a minha parcialidade, Sua Excelência, o Presidente Fernando Antonio Torres Garcia. Eu não fui parcial em momento nenhum, mas hoje eu posso ser. Hoje não sou mais Presidente, desde o dia 31 de dezembro. Mandei um "Feliz Ano Novo e toma que o turno é teu", porque, a partir daquele momento, as suspensões de liminares passaram a ser de Sua Excelência. Eu ainda peguei uma no recesso, Sua Excelência não pegou nenhuma.

Então eu queria só isso: desejar muito boa sorte ao Conselho, muito boa sorte ao Tribunal. O Tribunal está em excelentes mãos, de um grande timoneiro, que irá conduzi-lo cada vez mais longe, cada vez no seu melhor, colocando sempre o Tribunal de Justiça no patamar que lhe faz jus.

No mais, hoje é meu primeiro dia de férias, eu vou embarcar hoje, então peço licença. Agradeço imenso a todos pela paciência.

Muitíssimo obrigado e um grande 2024 a todos.

Acesso ao Sumário

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido na "Sessão de Posse Administrativa do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura" (Cerimônia realizada em 08.01.2024).

Muito boa tarde a todos. É uma grande alegria ver este magnífico salão lotado. A pandemia nos trouxe um distanciamento muito triste. Nós percorremos os fóruns durante as correições e dava tristeza para nós que vivemos na época do trabalho presencial. Hoje ver esse salão lotado enche os nossos corações de alegria.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Mair Anafe, Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no biênio 2022/2023,

Não me canso de enaltecer a lisura e eficiência da gestão de Vossa Excelência à frente da nossa Corte. Fui testemunha ocular da seriedade e responsabilidade com que agiu na chefia do Poder Judiciário paulista, angariando o respeito de todos os seus pares, mas, sobretudo, elevando-o perante os demais Poderes de Estado.

Deixa-nos um legado incomensurável, lastreado em inúmeras realizações, dentre as quais ressalto – além do novo Colégio Recursal e da instalação de várias unidades judiciárias, em especial as Varas Empresariais, com abrangência territorial em todo Estado – a obtenção da nossa autonomia de custeio, advinda com a nova Lei de Custas, projeto idealizado quando Vossa Excelência ainda era o Corregedor-Geral da Justiça e concretizado sob sua segura batuta na Presidência da Corte.

E aqui me permitam abrir um parêntese para enaltecer também o trabalho da presidente da Associação Paulista de Magistrados (Apamagis), Vanessa Ribeiro Mateus, e do presidente eleito Thiago Elias Massad, aos quais saúdo, neste momento, porque foram fundamentais para que a nova lei de custas fosse efetivamente aprovada.

Receba, pois, Eminente Desembargador Ricardo Mair Anafe, a gratidão e o reconhecimento da sociedade de nosso Estado, em especial dos Magistrados e Servidores deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Excelentíssimo Senhor Doutor Fábio Prieto, secretário da Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo,

Vossa Excelência, antes mesmo de ser secretário de Estado, sempre foi um amigo desta Corte, enquanto Desembargador Federal e Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Seja sempre muito bem-vindo. Neste ato sei que Vossa Excelência representa todo o Governo do Estado de São Paulo.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Artur Cesar Beretta da Silveira,

Digníssimo Vice-Presidente deste Sodalício,

Estivemos juntos neste último biênio, presidindo Vossa Excelência a Colenda Seção de Direito Privado, oportunidade em que pude aquilatar o elevado espírito público que norteou suas decisões e que certamente balizará as que forem tomadas na Vice-Presidência.

Saiba, Senhor Vice-Presidente, de meu apreço por Vossa Excelência e de minha convicção de que poderei contar com a sua imprescindível colaboração na condução dos nossos destinos.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, Digníssimo Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo,

De todos os membros deste Conselho Superior da Magistratura, o amigo que tenho há quase meio século, desde o longevo ano de 1978, quando, juntos, ingressamos na velha e sempre nova Academia de Direito do Largo de São Francisco.

A impoluta carreira de Vossa Excelência e a experiência nela angariada ao longo dos anos, especialmente na Direção da Escola Paulista da Magistratura, traz-nos a certeza e a tranquilidade de que o funcionamento do valoroso primeiro grau de jurisdição, função precípua da Corregedoria Geral, estará em excelentes mãos.

Conte sempre com o apoio da Presidência para a consecução desse mister e seja muito feliz, assim como também fui, pois posso garantir que tive na Corregedoria Geral da Justiça a minha realização como Magistrado e sei que também será a de Vossa Excelência, meu querido amigo *Chico Loureiro*.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Cintra Torres de Carvalho, Digníssimo Presidente da Seção de Direito Público,

Magistrado de invulgar bagagem técnica e profundo conhecedor do Direito Administrativo, Constitucional e Ambiental, mostrou-se habilidoso no trato das questões administrativas ao servir, por dois biênios, como Juiz Assessor na Corregedoria Geral da Justiça. Mais recentemente, eleito pelo Tribunal Pleno, foi membro titular do Colendo Órgão Especial deste Tribunal, onde deixou lições de cidadania e de respeito ao servidor e ao serviço público.

Será uma honra ombrear com Vossa Excelência no Conselho Superior da Magistratura, na incansável busca pelos melhores rumos do Poder Judiciário de nossa terra.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Heraldo de Oliveira Silva, Digníssimo Presidente da Seção de Direito Privado, Lapeano como eu, tive a honra de integrar com Vossa Excelência o primeiro e então único Colégio Recursal da Capital.

Neste biênio, terá a árdua missão de comandar a maior Seção desta Corte de Justiça, e que hoje ostenta a maior distribuição de

feitos dentre as três Seções do Tribunal, o que implicará em tomada de

soluções ousadas e inovadoras, a fim de que se cumpra a tarefa de prestar a melhor jurisdição e em tempo mais breve possível, objetivo que certamente será alcançado por Vossa Excelência, mercê da larga experiência haurida nos mais de quarenta anos de carreira. Conte com o apoio da Presidência.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Digníssimo Presidente da Seção de Direito Criminal,

Meu amigo e colega da menor, porém, sem falsa modéstia, a melhor Seção do nosso Tribunal. Magistrado de extrema capacidade jurídica e de ilibada e irrepreensível reputação, ostenta sólida carreira acadêmica, formando gerações de operadores do Direito, mas sem descurar, ainda assim, da qualidade e presteza no desiderato de bem julgar.

A Colenda Seção de Direito Criminal, sob o comando firme de Vossa Excelência, tenho certeza, dará à sociedade paulista a resposta de que o Poder Judiciário de nossa terra, sem abdicar das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, terá em mira, primordialmente, os direitos individuais de todo cidadão de bem.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Gilson Delgado Miranda, Digníssimo Diretor da Escola Paulista da Magistratura, Caberá a Vossa Excelência a nobre e importantíssima missão de formar e aperfeiçoar os Magistrados de nosso Estado. E, para tanto, contará com a colaboração e expertise do seu Vice-Diretor, Desembargador Ricardo Cunha Chimenti, e de todos os demais Conselheiros, representantes das três Seções e do primeiro grau de jurisdição. A Escola Paulista da Magistratura, da qual tive o privilégio de ser Conselheiro em dois biênios, nos é muito cara, justamente em razão da sua nobilíssima tarefa.

Contem com todo o apoio da Presidência do Tribunal de Justiça.

Aqui, também, faço uma homenagem especial às Conselheiras, Desembargadoras Flora Maria Nesi Tossi Silva e Claudia Grieco Tabosa Pessoa e à Doutora Maria Rita Rebello Pinho Dias, presentes a esta sessão.

Eminente Desembargador Silmar Fernandes, colega da Seção de Direito Criminal e Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Permita-me, também, uma saudação ao Desembargador Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia, que deixou recentemente a Presidência. O Doutor Paulo Galizia, como Presidente, e o Doutor Silmar Fernandes, como Corregedor e Vice- Presidente da Corte, garantiram no último pleito eleitoral a mantença da Democracia e a lisura do pleito eleitoral em todo o Estado de São Paulo. Parabenizo Vossas Excelências pela atuação marcante na labuta eleitoral.

Senhoras e Senhores Desembargadores, Juízes de Direito, Membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia,

E uma saudação, também, muito especial ao meu amigo e eterno Presidente, Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, que só nos deixou bons exemplos quanto Presidente desta Corte,

Acesso ao Sumário

Senhoras e Senhores Servidores, minhas Senhoras, meus Senhores, parente e amigos, enfim sejam todos novamente muito bem-vindos.

Embora singela, esta significativa cerimônia tem por finalidade a posse administrativa dos membros do Conselho Superior da Magistratura e da Escola Paulista da Magistratura, concretizando a vontade externada pelos Eminentes Desembargadores no pleito eleitoral do dia 8 de novembro.

E é o momento de balizar os rumos da nova Administração, não sem antes deixar assentado que o brasileiro de São Paulo pode e deve se orgulhar do Poder Judiciário bandeirante e de sua Magistratura, constituída, ao longo dos seus quase 150 anos de existência, por mulheres e homens de valor, dedicados à causa pública e ao ofício de bem prestar a jurisdição, sempre com o apoio inestimável de nossos incansáveis Servidores.

Somos, em verdade, prestadores de um serviço público, consubstanciado na garantia dos direitos consagrados aos cidadãos em todo o ordenamento jurídico pátrio. No dizer de *Calamandrei*, *"o Juiz é o direito tornado homem"*.

Daí a importância de ser amplamente divulgado tudo o que realizamos no nosso dia a dia em prol da sociedade, de modo a evidenciar, cada vez mais, a indispensabilidade do Poder Judiciário como vetor de valorização da cidadania.

Mas é também o momento de trazer à baila, com serenidade, mas de maneira perene, a elevada sobrecarga de trabalho a que são submetidos Magistrados e Servidores, fruto, não raras vezes, de um demandismo descontrolado ou até mesmo de uma atividade predatória crescente – como bem ressaltou nosso Corregedor Loureiro –, que por vezes subtraem nossa força de trabalho e reduzem a capacidade orçamentária para que possamos concentrar nossos esforços naquilo que realmente interessa: o atendimento ao cidadão.

Também por isso, o fulcro da minha administração será a valorização das pessoas: Magistrados, Servidores e Cidadãos destinatários do exercício da jurisdição.

Em suma: *Justiça feita por pessoas e para pessoas!*

Quanto aos primeiros – Magistrados e Servidores – não medirei esforços para a sua veemente defesa, assim como a de nossa Corte, sempre que vítimas de ataques desmotivados e desproporcionais. Se procedentes os reclamos, corrigiremos de pronto o nosso rumo, mas não nos curvaremos à inconsequência de achaques oportunistas, venham de onde vierem.

Buscarei, no âmbito estadual, estreitar ainda mais o já consolidado e salutar relacionamento com os demais Poderes de Estado, tanto no Palácio dos Bandeirantes como na Augusta Assembleia Legislativa, além de ampliar nossa colaboração com todos os demais órgãos do Poder Judiciário, em especial os Tribunais Superiores e o Colendo Conselho Nacional de Justiça.

Afinal, todos nós, Executivo, Legislativo e Judiciário existimos e trabalhamos tendo por objetivo o mesmo destinatário final: o cidadão. E focados,

Acesso ao Sumário

convém não percamos de vista, na consecução da justiça social, dando a cada um o que é seu.

Aliás, nesse passo, de relevante oportunidade as palavras de Martin Luther King, para quem *"a injustiça num lugar qualquer é uma ameaça à justiça em todo lugar"*.

De minha parte, ao ter completado no último sábado quarenta anos de Magistratura e ao ser empossado no mais alto e relevante cargo do Poder Judiciário paulista, reafirmo minha inabalável crença na Justiça e renovo meu compromisso de bem servi-la. E o faço com idêntica empolgação que fiz como Juiz Substituto, neste mesmo salão monumental.

E é chegada a hora de agradecer.

A Deus, Senhor de nossas vidas e a quem rogarei por muita luz a cada decisão a ser tomada.

Aos que me dão força e incentivo para prosseguir, ainda que isso implique num afastamento momentâneo. Minha esposa Lígia Cristina, amor da minha vida e o norte da minha razão; nossa filha Fernanda, alegria e ternura em forma de gente, que juntamente com o meu genro Marcos, filho do coração, deram-nos as razões de vivermos, nossas amadas netas Maria Luisa e Maria Julia. Aliás, os netos – e só quem tem a felicidade de ser avós sabem disso –, nas palavras de Rachel de Queiroz, *"... são como heranças: você os ganha sem merecer. Sem ter feito nada para isso, de repente lhe caem do céu. É, como dizem os ingleses, um ato de Deus"*. Gratidão a minha mãe Rachel, minha irmã Mariângela, minha sogra Cleusa e aos meus tios e primos queridos. E ao meu pai Mariano e ao meu sogro Francisco, felizes por certo, ainda que habitando outro plano. E a todos os meus amigos e irmãos de caminhada, meu reconhecimento e eterna gratidão.

Por fim, é novamente de *Calamandrei* que se extrai um profundo ensinamento, a fim de que seja conservada viva a chama da responsabilidade judicante que há em cada magistrado:

"O Juiz que se habitua a fazer justiça é como o sacerdote que se habitua a dizer missa. Feliz o velho pároco de província, que até o último dia sente, ao dirigir-se ao altar com vacilante passo senil, aquela perturbação, que, jovem padre, sentiu quando da sua primeira missa. Feliz o Magistrado, que até o dia que precede o limite de idade, sente, ao julgar, aquela consternação quase religiosa, que o fez tremer, cinquenta anos atrás, quando Juiz de terceira teve de dar a sua primeira sentença".

Conservemos sempre essa chama de justiça em nossos corações. Muito obrigado por me ouvirem.

Acesso ao Sumário

ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, na "Sessão Solene de Posse do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura" (Cerimônia realizada em 02.02.2024).

Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, Digníssimo Presidente do Supremo Tribunal Federal, na pessoa de quem peço licença para saudar os integrantes do Conselho Superior da Magistratura, as autoridades dos Três Poderes, representantes das entidades que compõem a Mesa, servidores, familiares, amigos e os colegas da Turma de Direito de 1982 do Largo de São Francisco, que aqui comparecem para prestigiar dois de seus mais ilustres companheiros de bancos acadêmicos, ora empossados nos cargos de Presidente do Tribunal de Justiça e Corregedor-Geral da Justiça.

Presidente Fernando Antonio Torres Garcia,

No dia 6 de janeiro deste ano do Sesquicentenário do Tribunal de Justiça de São Paulo, comemoramos 40 anos desde a nossa posse como Juízes Substitutos. Pelo que eu me lembro, fizemos nossa prova escrita aqui nos corredores deste prédio do Palácio da Justiça, e o exame oral na Sala dos Retratos, onde estão os 78 retratos de todos os Ex-Presidentes desta Corte, local onde minha Câmara faz as seções presenciais. São Magistrados de três séculos distintos e na aparência muito diferentes.

Imagino por vezes que, se aqueles Ex-Presidentes ganhassem vida e pudessem conversar entre si, relatariam, porém, os mesmos problemas e dificuldades durante as respectivas gestões.

A falta de orçamento compatível, a insuficiência de Magistrados e Servidores, o número excessivo de processos, são problemas comuns, que tiveram de ser enfrentados por todos os Presidentes deste Tribunal.

A primeira Constituição do Brasil de 1824, em vias de completar 200 anos, que foi outorgada pelo Imperador Pedro I, tinha em seu art. 161 um dispositivo de "reconciliação", ou seja, conciliação obrigatória antes de se poder demandar em juízo, o que era uma forma alternativa de solução de conflitos e de agilização do Judiciário, e no art. 160 a possibilidade de nomeação de árbitros pelas partes, porque já havia o excesso de demandas e insuficiência de Juízes; o Tribunal da Relação de São Paulo e outros seis foram criados para garantir o acesso à Justiça ou para atender a "commodidade dos povos" como constou do texto legal.

A pergunta que ecoa é por que problemas sensíveis ao Poder Judiciário brasileiro como excesso de processos, a morosidade e a falta de acesso à Justiça persistem há 150 anos?

A resposta é porque o Poder Judiciário não tem instrumentos ou mecanis-

Acesso ao Sumário

mos para combater as causas dos litígios, o que depende de uma ação conjunta dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

Há necessidade de agir para evitar o litígio.

O grande desafio do Judiciário não é solucionar o processo, mas evitar o processo.

Pobreza, doença, criminalidade, desamparo ao idoso e à criança, violência de gênero, intolerância religiosa e racial, que geram grande parte dos processos, são questões a serem enfrentadas conjuntamente pelos três poderes.

Muito benefício resulta à sociedade quando os poderes atuam juntos e de forma harmônica, e conheço em sua pessoa todos os predicados para promover essa "reconciliação" dos poderes em nosso Estado de São Paulo.

Vossa Excelência se prepara há 40 anos para exercer a Presidência de nosso Tribunal de Justiça. Foi Juiz do Interior e da Capital, teve experiência associativa em nossa Associação Paulista de Magistrados (Apamagis) e na formação dos Magistrados, na Escola Paulista da Magistratura (EPM), além de ter sido eleito Presidente da Seção de Direito Criminal e Corregedor-Geral da Justiça.

Em poucos dias de administração, já está atuando para solucionar os grandes entraves administrativos deste Tribunal, bem como na valorização dos Magistrados e Servidores, resgatando o respeito e a dignidade a aposentados e pensionistas.

Contará com a participação e apoio dos integrantes de um dos melhores Conselho Superior da Magistratura que já teve esta Corte.

O Vice-Presidente exerce neste Tribunal de Justiça funções tão próprias e essenciais, previstas em nosso Regimento Interno, que melhor seria que fosse chamado de Segundo-Presidente. Conta com o Desembargador Artur César Beretta da Silveira, que possui larga experiência e competência. Antes de Juiz, foi Servidor e Promotor de Justiça. Como Desembargador integrou comissão de Concurso de Ingresso à Magistratura, foi eleito para o Órgão Especial por dois mandatos e presidiu a Seção de Direito Privado.

Tem também o Corregedor-Geral da Justiça. Há muito tempo a palavra corregedor dá uma ideia equivocada de que sempre há alguma coisa errada. A função menos relevante da Corregedoria atualmente é punir. Sob o comando do Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, o Corregedor-Geral da Justiça deveria se chamar Orientador-Geral da Justiça, mais adequado ao seu perfil conciliador e agregador. Ele é admirado por Juízes e Desembargadores, foi Vice-Diretor e Diretor da Escola Paulista da Magistratura, e concorreu para o presente cargo sem concorrentes, evidência não somente de sua capacidade e competência, mas de reconhecimento por todos os Desembargadores, de seu trabalho e dedicação a este Tribunal há quase 40 anos.

Os Presidentes das Seções de Direito Privado, Direito Público e Direito Criminal são os Magistrados eleitos pelos Desembargadores que atuam em uma

Acesso ao Sumário

área específica.

O Desembargador Heraldo de Oliveira Silva está na carreira desde 1983, nos conhecemos trabalhando no Litoral Norte do Estado, e, portanto, está acostumado a adversidades. Vai dirigir a maior Seção, dividida em três Subseções, que não raras vezes têm interesses conflitantes entre si. Possui consagrada vida acadêmica e associativa, e qualidades que o habilitam a equalizar o trabalho dos Desembargadores de forma justa e racional, que resultará em benefício aos jurisdicionados.

O Desembargador Ricardo Cintra Torres de Carvalho tem larga experiência e admirável competência. Trabalhou como Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça e foi eleito para o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Suas decisões e lições em artigos na área de proteção ao meio ambiente fazem de nosso Tribunal referência global na preservação da natureza.

O Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho é o mais jovem dos três, e nem por isso menos experiente. O conheci quando ele era titular da Vara da Infância e Juventude do Fórum Central, área que exige vocação e dedicação incomum, tão bem identificados em sua pessoa. Foi Servidor do 1º Tribunal de Alçada Civil (1º TAC), é Professor universitário, Autor de obras jurídicas, integrou bancas de concurso da Magistratura e foi Conselheiro da EPM.

A Escola Paulista da Magistratura (EPM) é a "menina dos olhos do Tribunal de Justiça". Vossa Excelência se lembra que tomamos posse em uma sexta-feira e na segunda-feira, durante as férias forenses, como se chamava à época, com competência maior que atualmente, cada Juiz Substituto teve que assumir dezenas de varas e diversas comarcas, sem que tivesse recebido qualquer orientação. Não foi justo com os Juízes e nem com os jurisdicionados. O direito está cada dia mais difícil, e com a implantação da EPM os Juízes Substitutos recebem formação inicial adequada e completa; os Magistrados em geral e os Servidores também, pela Escola Judicial dos Servidores (EJUS), de forma permanente, têm acesso a cursos de aperfeiçoamento.

O Diretor Desembargador Gilson Delgado Miranda tem consagrada carreira acadêmica, atuando como Professor universitário e, além de outras experiências na EPM e na EJUS, exerceu o cargo de Vice-Diretor no último biênio e foi designado a compor a Comissão Acadêmica do Exame Nacional da Magistratura (ENAM). Continuará o trabalho de ampliação e integração da EPM com outras escolas judiciárias e de conscientização de Magistrados e Servidores de que a escola está aberta a todos e que a EPM deve fazer parte de suas vidas, como é ir ao fórum. Contará com uma equipe valorosa, composta pelo Vice-Diretor Desembargador Ricardo Cunha Chimenti e Conselheiros Desembargadores Alexandre Carvalho e Silva de Almeida, Claudia Grieco Tabosa Pessoa, Flora Maria Nesi Tossi Silva, Guilherme de Souza Nucci, Sérgio Seiji Shimura,

Acesso ao Sumário

Wanderley José Federighi e pela Juíza Maria Rita Rebello Pinho Dias.

Agradeço a deferência à minha Seção de Direito Privado, por um integrante falar em nome do Tribunal de Justiça e, especialmente, a mim, cuja escolha não tem razoabilidade e nem outra explicação, a não ser a longa relação de amizade que mantemos desde os tempos da Faculdade de Direito.

Desejo a todos muito sucesso e que consigam realizar seus projetos, porque sei que vontade e disposição não faltam.

PATRÍCIA VANZOLINI (Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo)

Discurso proferido na "Sessão Solene de Posse do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura" (Cerimônia realizada em 02.02.2024).

Boa tarde a todas e a todos.

Eu cumprimento o Ministro Ricardo Lewandowski e, na pessoa dele, cumprimento a todo o Governo Federal; Cumprimento o Ministro Luís Roberto Barroso, na pessoa de quem cumprimento ao Supremo Tribunal Federal;

Cumprimento a Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, na pessoa de quem cumprimento a todo o Superior Tribunal de Justiça, e também agradeço aqui pela presença me ombreando como presença feminina, mostrando a força das mulheres dentro do Sistema de Justiça;

Cumprimento o Governador do Estado de São Paulo, Tarcísio Gomes de Freitas, na pessoa de quem cumprimento todo o Governo do Estado;

Cumprimento o Doutor Ricardo Nunes, na pessoa de quem cumprimento toda a Prefeitura de São Paulo;

Cumprimento o Doutor Mário Luiz Sarrubbo, na pessoa de quem cumprimento a todo o Ministério Público do Estado de São Paulo;

Cumprimento também o Doutor Florisvaldo Fiorentino, na pessoa de quem cumprimento a Defensoria Pública e a todos os Defensores Públicos do Estado de São Paulo;

Cumprimento o Deputado André do Prado, na pessoa de quem cumprimento a toda a Assembleia do Estado de São Paulo; E cumprimento, finalmente, mas certamente não menos importante, o Desembargador Presidente Fernando Antonio Torres

Garcia, na pessoa de quem cumprimento a todos os Desembargadores aqui do Tribunal de Justiça e também faço uma referência especial ao Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, nosso Corregedor e que também tem essa

Acesso ao Sumário

relação tão importante com a Ordem dos Advogados do Brasil.

A palavra da Ordem aqui é uma palavra de comunhão e uma palavra de união. Justiça é bem de primeira necessidade, sobretudo em uma sociedade fraturada e dividida, e que ainda padece da falta de tanto, como a nossa.

Quando falta paz, quando falta segurança, quando falta estabilidade, a Justiça não pode faltar. Quando falta alimento, quando falta remédio, quando falta escola, a Justiça não pode faltar.

Em um ambiente cada vez mais polarizado, a união dos operadores do Direito é crucial, para que a Justiça não falte a ninguém, a nenhum cidadão brasileiro.

A Ordem dos Advogados do Brasil vem a essa solenidade com esse espírito. Sabemos que somos essenciais à Justiça, que somos operadores da cidadania, e sabemos o quanto podemos fazer para um Sistema de Justiça cada vez melhor. Queremos fazer cada vez melhor e podemos fazer mais, se estivermos juntos.

Nosso Tribunal de Justiça é o maior do Brasil. Nosso Colégio de Advogados é o maior do Brasil, são 500 mil Advogados. Nossa população é a maior do Brasil e, com isso, nossos problemas também têm a mesma dimensão. Mas, igualmente, os nossos recursos materiais e humanos são insuficientes para enfrentá-los. Se operarmos de forma convergente, certamente será mais fácil fazê-lo. É preciso, antes de mais nada, expurgar o clima de desconfiança mútua que paira entre as instituições da República. Fortalecimento institucional é o único alicerce sólido para um Estado Democrático de Direito e para uma sociedade justa e próspera.

Em uma sociedade de massas, o exemplo é decisivo e precisa vir de nós, autoridades de Estado constituídas. Nós temos divergências, Presidente Fernando, é certo, pois olhamos a realidade do Sistema de Justiça de pontos de vista diferentes, um mais interno, outro mais externo, mas isso, além de ser natural, é profícuo, pois compreender múltiplas perspectivas nas situações torna possíveis soluções melhores e mais eficazes.

É o que vem acontecendo, por exemplo, com a nossa Comissão Mista de Relacionamento, iniciativa do Tribunal, prontamente encampada pela OAB, e cuja atuação já deu frutos concretos na melhoria sensível da prestação jurisdicional em inúmeras comarcas. Eu quero agradecer essa porta sempre aberta ao diálogo, Desembargador. Essa comissão tem atuado de forma muito ativa ao trazer ao Tribunal demandas concretas pela instalação de varas, pela colocação de Juízes e Servidores nos pontos críticos. E ela tem realmente dado muitos frutos.

Para além disso, o que nós desejamos nesse início do ano judiciário é arregaçar as mangas e enfrentar os inúmeros desafios que o presente e também o futuro nos apresentam, usando como bússola sempre a reflexão e o equilíbrio, a

Acesso ao Sumário

justa medida, o equilíbrio entre uma justiça, que tem que ser certamente digital, mas nunca virtual, porque as pessoas e os problemas são reais.

Equilíbrio entre a celeridade da prestação jurisdicional e o respeito ao devido processo legal; equilíbrio entre a independência funcional e a segurança jurídica e a estabilidade das decisões, entre tantos outros. Mas equilíbrio é a própria essência do Poder Judiciário, é a balança imparcial, que pesa as questões mais prementes da nossa sociedade.

Bem, por fim, eu não poderia terminar a minha fala aqui sem fazer um elogio efusivo ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pela abertura do edital para promoção exclusiva de mulheres ao Tribunal.

A OAB, desde o início da atual gestão, normatizou, aqui no Estado de São Paulo, que as nossas listas sêxtuplas devem obedecer critério de paridade de gênero e cotas raciais. E essa iniciativa de ação afirmativa do Tribunal reforça esse esforço. Até hoje, nós já enviamos aqui para o Tribunal quatro listas nesse modelo e eu, pessoalmente, acredito firmemente que a diversidade é um valor em si. E para citar palavras de uma Juíza, já que estamos aqui na casa da Magistratura, uma Juíza que é um ícone dentre todo o Judiciário, que é a Ruth Ginsburg, Juíza da Suprema Corte Americana, eu digo as seguintes palavras, que são dela: "À medida que as mulheres alcançam o poder, as barreiras caem; à medida que a sociedade vê o que as mulheres podem fazer, à medida que as mulheres veem o que as mulheres podem fazer, haverá mais mulheres fazendo coisas; e todos nós nos beneficiamos disso".

Muito boa tarde a todas e todos.

MARIO LUIZ SARRUBBO (Procurador-Geral da Justiça)

Discurso proferido na "Sessão Solene de Posse do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura" (Cerimônia realizada em 02.02.2024).

Boa tarde a todas, boa tarde a todos.

Eu inicio saudando meu querido amigo, Sua Excelência o Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, em nome de quem cumprimento toda a Magistratura Paulista, todo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Saúdo igualmente Sua Excelência o Governador Tarcísio de Freitas, em nome de quem cumprimento todo o Poder Executivo Estadual;

Saúdo Sua Excelência o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, Ministro da Justiça e Segurança Pública, em nome de quem cumprimento todo o

Poder Executivo Federal;

Saúdo Sua Excelência o Ministro Luís Roberto Barroso, em nome de quem cumprimento toda a Magistratura Federal; Saúdo Sua Excelência o Ministro Alexandre de Moraes, Ministro do Supremo Tribunal Federal e Presidente do Tribunal

Superior Eleitoral, em nome de quem cumprimento toda a Magistratura Eleitoral do país;

Cumprimento também Sua Excelência o Deputado André do Prado, Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, em nome de quem cumprimento todos os Parlamentares Estaduais e Municipais aqui de São Paulo;

Saúdo igualmente Sua Excelência a Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, em nome de quem não poderia deixar de cumprimentar todos os membros do Superior Tribunal de Justiça, que aqui estão presentes;

Prefeito Ricardo Nunes, Sua Excelência, em nome de quem cumprimento todo o Executivo Municipal;

Doutora Patricia Vanzolini, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, em nome de quem cumprimento todos os Advogados e Advogadas do nosso Estado e aqui presentes;

Saúdo os integrantes da Magistratura, do Ministério Público, Parlamentares, demais Autoridades Civis e Militares, Imprensa, Senhoras e Senhores, em nome do Ministério Público de São Paulo, saúdo os mais novos integrantes do Conselho Superior da Magistratura Paulista e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura;

Saúdo os amigos Fernando Antonio Torres Garcia, Beretta da Silveira, Francisco Loureiro, Xavier de Aquino, Torres de Carvalho, Heraldo de Oliveira, meu colega de faculdade, Desembargador Camargo Aranha Filho, que alegria! Saúdo Gilson Delgado e Ricardo Chimenti, os empossados nesta oportunidade.

Quando, praticamente, iniciamos o ano no Judiciário brasileiro e, em especial, no maior Tribunal de Justiça da América Latina, vem à nossa mente a trajetória e, por que não, as aventuras que todos nós vivemos desde o momento em que nos inscrevemos para o concurso público até esta sessão solene.

Tenho convicção de que a trajetória de Vossas Excelências bem poderia ser comparada às epopeias narradas dos dois maiores poemas épicos da antiguidade grega, escritos por Homero, a "Ilíada" e a "Odisseia". Como todos sabem, a "Ilíada" relata as lutas e as batalhas travadas pelos gregos no cerco e tomada final da inimiga Troia, só invadida graças à inteligência e astúcia de Ulisses. A "Odisseia", por outro lado, narra as longas e movimentadas peripécias vividas por Ulisses no seu retorno ao lar após a vitória conquistada sobre a poderosa Troia.

Pois bem, assim como os guerreiros gregos, depois de árdua preparação, travaram pelejas cada vez mais duras para conquistar Troia, também Vossas

Acesso ao Sumário

Excelências, ora empossados, foram fordeados em grandes batalhas desde a Comarca de Primeira Instância até o dia de hoje, que assumem as mais altas posições no Judiciário Paulista.

Tem se tornado lugar comum, na literatura e no noticiário sobre a sociedade brasileira, o alto potencial de conflito existente. Cenas de violência têm habitado o cotidiano ao lado de um sem-número de comportamentos vistos como destoantes de uma vida minimamente civilizada. As causas são inúmeras e entre elas as mais repetidas, tanto nas análises acadêmicas como pelos meios de comunicação, são aquelas provocadas por questões estruturais.

Ainda que não haja evidência empírica que apoie a hipótese, segundo a qual a pobreza, a crise econômica, o desemprego estejam diretamente relacionados às taxas de criminalidade, não há como negar que formam um terreno propício à ebulição dos conflitos.

De fato, a complexidade da sociedade brasileira e, sobretudo, a sua má distribuição de renda, têm sido fatores que estimulam o alto potencial de conflito e a escalada de violência, mesmo que não expliquem nem comportamentos que dificultam o convívio social e, menos ainda, a descrença nas instituições. O quadro social é dramático, marcado por profundas desigualdades.

Diante deste quadro, marcado por uma excessiva potencialidade de explosão de conflitos, Ilustres Magistrados e Amigos que hoje tomam posse, não estamos no ponto final dessa aventura; penso que estamos no término da Vossa Ilíada e o começo das Vossas Odisseias. Conforta-nos, mais do que isso, expressarmos nosso mais absoluto entusiasmo, porque temos certeza de que Fernando Torres Garcia e os demais Ilustres Amigos Magistrados, que hoje tomam posse, têm competência, conhecimento jurídico, independência e sensibilidade humana para levar adiante o mais produtivo e eficiente Tribunal de Justiça do país.

Em nome da família Ministério Público de São Paulo, desejo ainda mais sucesso a Vossas Excelências e pedindo vênia para expressar a minha fé, que o Criador os acompanhe nessa difícil, mas, com certeza, vencedora jornada. Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

ANDRÉ DO PRADO (Presidente da Assembleia Legislativa de São Paulo)

Discurso proferido na “Sessão Solene de Posse do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura” (Cerimônia realizada em 02.02.2024).

Boa tarde a todos.

Uma honra muito grande estar hoje aqui no Tribunal de Justiça do Estado

de São Paulo, participar da posse do nosso Presidente e de todo o seu Conselho, do nosso Doutor Fernando Antonio Torres Garcia, que tem a responsabilidade de presidir esse Tribunal de Justiça de São Paulo.

Quero cumprimentar o nosso Governador Tarcísio de Freitas, nosso Governador do Estado de São Paulo. E quero dizer ao senhor, Governador, aquelas vaias só nos fazem crescer mais, porque a gente aplaude o senhor pelo espírito republicano, que o senhor tem, pensar no Estado de São Paulo e nas pessoas que esperam há 100 anos aquela obra. Então parabéns ao senhor pela atitude do senhor no dia de hoje. Uma salva de palmas para o nosso Governador;

Cumprimentar o nosso Vice-Governador Felicio Ramuth, parceiro do nosso Governador;

Cumprimentar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, começando pelo nosso Presidente do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso que, como eu também, vem lá de Vassouras, cidade do Rio de Janeiro, uma cidade de 30 mil habitantes. Parabéns, Presidente;

Cumprimentar também o nosso Ministro Alexandre de Moraes, que também preside o Superior Tribunal Eleitoral e é Ministro do nosso Supremo Tribunal Federal;

Cumprimentar o nosso Ministro, também do Supremo, Dias Toffoli; também o nosso Ministro Cristiano Zanin; nosso sempre Ministro Ricardo Lewandowski, hoje Ministro da Justiça, na qual nós agradecemos, Ministro, por ter escolhido o nosso Procurador-Geral de Justiça Sarrubbo que, a partir do mês de março, tem a incumbência de assumir a Secretaria Nacional de Segurança Pública. Uma escolha correta, pelo preparo e tenho certeza de que o Doutor Sarrubbo irá contribuir muito para a segurança do nosso Brasil e do nosso Estado de São Paulo;

Cumprimentar a nossa Ministra do Superior Tribunal de Justiça Maria Thereza, nossa Presidente do Superior Tribunal de Justiça, em nome de quem cumprimento todos os demais membros do STJ;

Cumprimentar o Prefeito Ricardo Nunes, na pessoa de quem cumprimento todos os demais Prefeitos, Vereadores, Vice- Prefeitos presentes nesse evento;

Cumprimentar também o nosso Desembargador Artur, que é o nosso Vice-Presidente, também ao lado dele, o nosso Francisco Loureiro, que é o nosso Corregedor que, ao lado do Doutor Fernando, terão responsabilidades enormes ao presidir esse Tribunal de Justiça;

Cumprimentar o Desembargador Alcides Leopoldo, nome do meu pai, pelas palavras e em nome de quem falo por todos os Desembargadores, tenho certeza de que falou de coração tudo aquilo que é importante para esse Tribunal de Justiça;

Doutor Sarrubbo já cumprimentei, cumprimentar a nossa Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, nossa Doutora Patricia Vanzolini;

Acesso ao Sumário

Cumprimentar o Juiz Thiago, que é o Presidente da Associação Paulista de Magistrados (Apamagis), em nome do Thiago, cumprimentar todos os Juízes, aqui presentes na cerimônia. Cumprimentar o Deputado Gilberto Nascimento e o Deputado Tomé Abduch, representando o Poder Legislativo Estadual e Federal do nosso país;

Em nome do Doutor Fábio Pietro, também da nossa Procuradora-Geral, Doutora Inês [Maria dos Santos Coimbra]; cumprimentar todos os Secretários presentes no dia de hoje, que representam o Governo do Estado de São Paulo;

Cumprimentar também o nosso Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Renato Martins, na pessoa de quem cumprimento todos os Conselheiros do Tribunal de Contas. Também cumprimentar o Doutor Florisvaldo [Fiorentino], que é o nosso Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo. Cumprimentar todos os Desembargadores, Juízes, todos os empossados do Conselho Superior da Magistratura, também da Escola de Magistratura, a sociedade civil, aqui representada, os nossos Comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, também cumprimento a todos;

É com grande satisfação e orgulho que hoje nos reunimos para parabenizar Sua Excelência, o Nobre Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, pela sua posse como Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo. E, também, dos membros do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura.

Fernando é um Magistrado cujo compromisso com a Justiça e a com a equidade tem sido evidente ao longo de sua brilhante carreira desde 1983, quando iniciou sua jornada na Magistratura. Sua dedicação incansável e sua visão para um sistema judiciário mais justo e eficiente são fundamentais para que a Corte possa corresponder aos anseios dos paulistas. Sua trajetória, marcada por inúmeras realizações e conquistas nas comarcas onde atuou como Juiz, com sua experiência e trabalho, demonstrando sua capacidade de enfrentar desafios com determinação e integridade, seu profundo conhecimento jurídico, aliado à sua sensibilidade para questões sociais, é uma marca da sua personalidade. Ao assumir esse novo cargo, temos plena confiança e convicção de que Vossa Excelência continuará a promover a imparcialidade em nossa Justiça, buscando sempre servir ao povo de São Paulo com dignidade e respeito.

Acesso ao Sumário

Para isso, Doutor Fernando, o senhor contará com a experiência da sua equipe; do seu Vice-Presidente, Artur Cesar Beretta da Silveira; do seu Corregedor, Francisco Eduardo Loureiro; do José Carlos Gonçalves, nosso Decano; do Ricardo Cintra Torres, que é o Presidente da Seção de Direito Público; do Heraldo, que é o nosso Presidente da Seção de Direito Privado; do Adalberto Queiroz Camargo, que é o nosso Presidente da Seção de Direito Criminal. Vão contribuir, com certeza, no êxito dessa nova gestão.

Presidir esta Corte é uma missão especial, é o maior Tribunal do mundo

em volume de processos, corresponde a 25% do total de processos em andamento em toda a Justiça brasileira, incluindo Cortes Federais e Tribunais Superiores. Além disso, é um ano especial para esta Corte, que celebra 150 anos.

Aproveito a oportunidade também para agradecer e fazer um justo e merecido reconhecimento ao trabalho de Vossa Excelência, o Desembargador Doutor Ricardo Mair Anafe, que presidiu essa Corte no último biênio. Agradeço o apoio e a parceria de trabalho entre os Poderes Legislativo e Judiciário, que resultaram na aprovação de vários projetos cuja missão fundamental é corresponder às necessidades do nosso povo.

Ao final de 2022, Doutor Ricardo Anafe teve a honra de assumir o Governo do Estado por alguns dias e eu, naquela oportunidade, também era Presidente da Assembleia Legislativa. Por esse motivo, peço licença a todos os presentes para fazer a entrega da réplica do Termo de Posse de Governador Interino a Vossa Excelência. Tenho certeza de que aquele episódio ficou registado na história de sua trajetória à frente desse Tribunal.

Para finalizar, reitero nossa disposição de trabalhar junto com o Poder Judiciário para atender aos anseios dos paulistas. Contem sempre conosco na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Que esse momento represente o início de uma gestão de sucesso, marcada por avanços significativos e contribuições importantes para o fortalecimento do estado de direito em nosso país.

Parabéns ao Desembargador Fernando e a todos os Membros do Conselho Superior da Magistratura e da Escola Paulista da Magistratura. Que a jornada à frente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo seja repleta de realizações e prosperidade.

Muito obrigado a todos.

Deus o abençoe, Doutor Fernando.

LUÍS ROBERTO BARROSO (Presidente do Supremo Tribunal Federal e do conselho Nacional de Justiça)

Discurso proferido na "Sessão Solene de Posse do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura" (Cerimônia realizada em 02.02.2024).

Senhor Presidente Fernando Antonio Torres Garcia, na pessoa de quem cumprimento todo mundo.

Eu tenho muito prazer e muita honra de estar aqui e pretendo ser muito breve, mas não poderia deixar de ter comparecido pela circunstância de que esse é o maior Tribunal do país, com os seus – eu até anotei aqui para não perder a

conta – 360 Desembargadores. Eu tenho 11 e já é difícil de administrar, de modo que imagino as vicissitudes do cargo; e mais os 2200 Juízes, que integram o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Eu fui Advogado, Presidente, por 30 anos, e sou Juiz há 10 anos e devo dizer que fui feliz nos dois lados do balcão. Mas, a Magistratura tem um tom especial na vida e é uma tarefa muito difícil. Advogar também é difícil, Patricia sabe disso. Mas, o Advogado tem uma vantagem sobre o Juiz, ele só precisa refletir e julgar uma vez: é se ele aceita ou não aceita a causa. A partir daí, ele tem um lado e tem o dever ético e legal de utilizar todos os argumentos razoáveis e disponíveis para patrocinar o interesse para o qual ele foi constituído.

Advogado tem muitas certezas; Juízes têm que ouvir um lado, têm que ouvir o outro lado, têm que ouvir o Ministério Público, têm que proteger os direitos fundamentais do acusado, mas também ele é o guardião da próxima vítima. Juízes têm dúvidas, angústias e aflições.

É uma vida difícil, mas eu gostaria de dizer, depois de 10 anos como Juiz, que Juízes íntegros, competentes e dedicados, trabalhadores, são uma bênção para a democracia, para a cidadania, para o estado de direito, de modo que eu tenho muito orgulho de integrar há 10 anos a Magistratura e muito prazer de vir aqui prestigiar o grande principal Tribunal de Justiça do país.

Evidentemente eu não vou aqui alinhavar, Presidente, a festa não é minha, os projetos importantes que nós pretendemos desenvolver em partilha com Vossa Excelência, que tem sido já, desde antes da posse, um grande parceiro.

Nós aprovamos, ontem foi publicado o edital do Exame Nacional de Magistratura, nós vamos unificar o padrão da Magistratura em todo o país e acabar, digamos assim, com os rumores de coisas erradas que aqui e ali se ouviam em algumas partes do Brasil.

Nós estamos implantando, como já observou a nossa Presidente da OAB, o Programa de Paridade nas Promoções por Merecimento em todos os tribunais e aqui queria cumprimentar o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Ex-Presidente Ricardo Anafe, por terem saído na frente na promoção por merecimento e com listas exclusivamente de mulheres.

Acesso ao Sumário

Estamos enfrentando os grandes gargalos da Justiça brasileira e eu estive efetivamente ouvindo os Juízes que são, na Justiça Estadual, a execução fiscal; e, na Justiça Federal, as ações contra o INSS. Esses são os dois grandes problemas da Justiça brasileira que nós vamos superar, estou muito empenhado nisso.

Nós fizemos um pacto pela linguagem simples e aqui peço a adesão de todos, falar com sujeito, verbo, predicado, sempre que possível, nessa ordem e sem usar palavras desnecessariamente difíceis e quem sabe um dia nós vamos conseguir, Presidente, fazer uma revolução da brevidade, que é escrevermos menos e falarmos menos e mudar a paisagem da vida jurídica.

Por falar em revolução da brevidade, eu li certa vez que George Washington fez o menor discurso de posse na Presidência dos Estados Unidos, com 130 palavras. E que William Harrison fez o maior discurso de posse, com mais de 8000 palavras pronunciadas em uma noite fria e tempestuosa em Washington, onde as posses são no inverno e ao tempo. William Harrison morreu 30 dias depois de uma pneumonia gravíssima que contraiu naquela noite. E eu considero que essa é a maldição que recai sobre os oradores que falam além do seu tempo, portanto, gostaria de encerrar cumprimentando o Governador do Estado, Tarcísio de Freitas. Governador, aqui é um símbolo, na minha visão de mundo, de integridade e civilidade. E a integridade e a civilidade vêm antes das escolhas políticas.

E desejo, Presidente Fernando Antonio, que Vossa Excelência seja abençoado na árdua missão de conduzir o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Muito obrigado.

TARCÍSIO DE FREITAS (Governador do Estado de São Paulo)

Discurso proferido na "Sessão Solene de Posse do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura" (Cerimônia realizada em 02.02.2024).

Boa tarde a todos.

Dia de festa e eu serei muito breve, porque, afinal de contas, não quero padecer da maldição do Ministro Barroso. Mas, cumprimentar o Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em nome de quem eu cumprimento todas as autoridades aqui presentes, todos os Desembargadores e Juízes do Tribunal de Justiça.

E cumprimentar, de uma maneira muito especial, o Doutor Ricardo Anafe. Obrigado, foi um prazer trabalhar com o senhor, Doutor Ricardo Anafe, aprendi muito com Vossa Excelência.

E, ministro Barroso, eu não costumo me preparar para falar em lugar nenhum e é difícil falar perante tantas autoridades em um Tribunal de Justiça. E eu resolvi, já que eu estou no Tribunal de Justiça, fazer o papel de testemunha e eu quero testemunhar como os Poderes no Estado de São Paulo funcionam de forma independente e harmônica.

Agradecer o trabalho do Tribunal de Justiça, que concorre para isso, e agradecer também o trabalho da Assembleia Legislativa. De fato, a gente encontra aqui um ambiente muito saudável, onde o Executivo, Legislativo e Judiciário trabalham em prol do cidadão.

Acesso ao Sumário

Não deve ser fácil gerir o maior Tribunal, um dos maiores do mundo, o maior do mundo, em termos de processo. E o próprio Presidente Barroso falou como é difícil julgar, como é difícil exercer a jurisdição, como é difícil substituir as partes, como é difícil atuar com imparcialidade, produzir coisa julgada.

Eu quero dizer que o Tribunal de Justiça - e é o segundo testemunho - tem feito isso de uma maneira muito eficaz, muito profissional e não existe esse profissionalismo se não houver qualidade nos quadros, e a gente tem aqui excelentes quadros.

E aí é o meu terceiro testemunho: nós temos orgulho do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, muito orgulho do nosso Tribunal. Temos atuado em parcerias importantes e poderia citar aqui a parceria do "Projeto Vida" que, por meio do monitoramento de criminosos, protege quem está com as medidas protetivas, nos permite, por meio da tecnologia, por meio do geoprocessamento, atuar, impedir crimes, impedir a aproximação de vítimas e isso tem impedido a reincidência. Nós temos atuado fortemente na diminuição da reincidência criminal.

Recentemente, revisamos as tabelas de perícias, que eram um calo na questão do exercício da justiça gratuita. Então nós temos um elenco de parcerias que poderiam ser citados e saímos daqui renovados pela esperança, sabendo que teremos um excelente período também com o nosso Desembargador Fernando Torres Garcia, sabendo que a gente vai poder continuar essas parcerias, que serão excepcionais para o nosso Estado de São Paulo.

Então quero agradecer todo o apoio do Tribunal, esse Tribunal que nos orgulha, o maior Tribunal, não era para menos, a gente está falando de um Estado que, se fosse um país, seria o terceiro país, em termos econômicos, da América Latina, o 21º do mundo, um Estado que abriga 44 milhões de brasileiros e que merece a melhor prestação de serviço jurisdicional, melhor prestação de Justiça.

E isso acontece graças à excelência desse Tribunal, à excelência desta Casa e uma tradição que vem sendo perpetuada de geração a geração. E a gente só pode se orgulhar muito disso. Muito boa sorte, Doutor Fernando, a todos que assumem hoje o Conselho Superior da Magistratura, que assumem hoje a Escola Paulista da Magistratura, e que vocês sejam muito felizes, tenham uma excelente gestão e contem com o Governo do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido na "Sessão Solene de Posse do Conselho Superior da Magistratura e da Diretoria da Escola Paulista da Magistratura" (Cerimônia realizada em 02.02.2024).

Muito boa tarde a todos.

Eu gostaria de ter o desprendimento que teve o Ministro Barroso no abandono da nominata, mas o dia de hoje e o meu cargo impõem que eu repita a nominata de hoje.

Excelentíssimo Senhor Doutor Tarcísio Gomes de Freitas, Digníssimo Governador do Estado de São Paulo, é uma honra para o Judiciário Paulista tê-lo, pela primeira vez, em uma solenidade neste Egrégio Tribunal. Muito obrigado;

Excelentíssimo senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Eminente Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, da mesma forma agradeço a ginástica que o senhor fez para poder estar conosco no dia de hoje. É muito honroso tê-lo nesta tarde. Muito obrigado;

Excelentíssimo Senhor Felicio Ramuth, Digníssimo Vice-Governador do Estado de São Paulo, que tão bem recebeu a mim, ao Vice-Presidente, ao Corregedor-Geral da Justiça, dias atrás, no Palácio dos Bandeirantes. Muito obrigado pela sua presença;

Excelentíssimo Senhor Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, mas eterno Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, seja muito bem-vindo e felicidades na nova missão;

Excelentíssimo Senhor Deputado Estadual André do Prado, Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, Vossa Excelência também tem se mostrado um parceiro do nosso Tribunal e tenho certeza de que a Justiça de São Paulo poderá contar com a vossa colaboração. Muito obrigado, deputado;

Excelentíssimo Senhor Ministro Dias Toffoli, Ministro do Supremo Tribunal Federal, paulista também como nós, e que nos honra muito com a sua presença;

Excelentíssimo Senhor Ministro Cristiano Zanin, Ministro do Supremo Tribunal Federal, o mais novo Ministro do Supremo Tribunal Federal, o que foi motivo de muito orgulho para nós, brasileiros de São Paulo. Muito obrigado pela presença, Ministro;

Excelentíssima Senhora Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Presidente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. A Ministra Maria Thereza, dentre todas as qualificações que ela tem, a maior delas é ter sido contemporâ-

Acesso ao Sumário

nea da turma de 1982 do Largo de São Francisco. Muito obrigado pela presença, Ministra;

Excelentíssimo Senhor Doutor Ricardo Nunes, Eminente Prefeito do Município de São Paulo, uma honra tê-lo conosco nesta tarde, Senhor Prefeito;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Artur Cesar Beretta da Silveira, Eminente Vice-Presidente desta Corte de Justiça; Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo;

Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Orador em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo;

Excelentíssimo Senhor Doutor Mario Luiz Sarrubbo, Eminente Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo e que, em breve, será mais um representante do povo paulista em Brasília. Sucesso também na nova missão, Senhor Procurador- Geral;

Excelentíssima Senhora Doutora Patricia Vanzolini, Eminente Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, que também representa o Presidente do Conselho Federal. A Advocacia, o Ministério Público e a Magistratura constituem a falada "Família Forense" e assim será, Senhora Presidente, neste biênio. Conte conosco também;

Excelentíssimo Senhor General de Exército Guido Amin Naves, Comandante do Comando Militar do Sudeste, Vossa Excelência sempre que nos recebe no Comando Militar enaltece o Tribunal de Justiça, o que muito nos honra. Muito obrigado;

Excelentíssimo Senhor Tenente-Brigadeiro do Ar Ricardo Augusto Fonseca Neubert, Comandante do Comando-Geral de Apoio do COMGAP, na pessoa de Vossa Excelência saúdo a minha querida Força Aérea Brasileira, já que fui das mesmas fileiras que Vossa Excelência. E peço também que, em nome de Vossa Excelência, eu possa saudar os mais de 30 companheiros de turma, que aqui estão, da minha querida Escola Preparatória de Cadetes do Ar e Academia da Força Aérea, e o faço na pessoa do nosso eterno 01, o aluno Guilherme, aqui presente;

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Senhor Vice-Almirante Marco Antonio Ismael Trovão de Oliveira, uma honra ter o Comandante do 8º Distrito Naval aqui conosco nesta tarde gloriosa;

Excelentíssimo Senhor Ministro Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e há pouco eu brincava com Vossa Excelência, um paulista de coração. Muito obrigado pela presença;

Excelentíssimo Senhor Desembargador José Gonçalves Xavier de Aquino, o meu Decano preferido do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Cintra Torres de Carvalho, Eminente Presidente da Seção de Direito Público deste Tribunal;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Heraldo de Oliveira Silva, Dig-

níssimo Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, a maior Seção do Tribunal;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Presidente da menor Seção deste Tribunal, porém, a melhor, a Seção de Direito Criminal;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Gilson Delgado Miranda, Diretor da Escola Paulista da Magistratura que, juntamente com o Desembargador Ricardo Cunha Chimenti, terão o ônus e o prazer de formar as novas gerações de Magistrados;

Eu não poderia deixar de saudar os eternos Presidentes desta Corte, Desembargador Ricardo Mair Anafe, Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, Desembargador Paulo Dimas Debellis Mascaretti, Desembargador José Renato Nalini, Desembargador Ivan Ricardo Garísio Sartori e Desembargador Marcio Martins Bonilha, uma honra para o Tribunal tê-los aqui nesta tarde, muito obrigado;

Por fim, quero homenagear os nossos Servidores e Servidoras, os nossos quase 40 mil Servidores do Tribunal de Justiça, o que faço na pessoa do Servidor Deosded Aparecido Savi, o Servidor com mais tempo de exercício no trabalho ativo. Parabéns a todos os servidores do nosso Tribunal. Deosded presta serviços à nossa Corte há quase 54 anos;

Demais Autoridades presentes, Desembargadores, Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Autoridades Civis e Militares, Familiares, Servidores da Justiça;

Minhas Senhoras e meus Senhores;

Assinalo, desde logo, que os Membros do Conselho Superior da Magistratura e da Escola Paulista da Magistratura recebem a todos, autoridades, familiares e amigos, neste magnífico Salão dos Passos Perdidos, parte da obra-prima de Ramos de Azevedo, com muita alegria, satisfação e agradecimento.

Pouco resta a ser dito depois da belíssima oração proferida pelo Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior, meu primeiro amigo na Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

Entrementes, cabem poucas lembranças dentre as quais que o gigantismo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não encontra padrões de comparação no Brasil. Temos cerca de 40 mil Servidores ativos e mais de 2500 Magistrados, além de perto de 20 milhões de processos em andamento, o que supera 26% do total de feitos em toda a Justiça brasileira, tudo isso espalhado por 320 comarcas, divididas em 10 Regiões Administrativas Judiciárias e em 779 prédios.

Igualmente grande é a sua história: amanhã, 3 de fevereiro de 2024, o Tribunal Bandeirante completará 150 anos de profícua existência, na busca in-

Acesso ao Sumário

cessante do protagonismo no sistema de justiça do país, fruto, sobretudo, da qualidade, do comprometimento e do espírito público de seus Magistrados e Servidores.

Tal como gravado no brasão da cidade de São Paulo, "não somos conduzidos, conduzimos" e, por São Paulo e pelo Brasil, faremos sempre e com total dedicação, o melhor.

Guiados por esses lemas, enfrentamos a maior crise sanitária de nosso tempo. Fechamos nossas portas, é verdade. Mas, com trabalho coletivo, tenacidade, altivez e serenidade, capitaneados pelo Desembargador Geraldo Pinheiro Franco, não interrompemos nem por um dia os serviços prestados em nossas 320 comarcas. Em um dos seus momentos mais difíceis, o povo paulista pôde contar com a sua sesquicentenária Corte.

E foi assim também em outro momento crucial de nossa história: a Revolução de 1932, movimento de origem democrática e que tinha como objetivo declarado a realização de uma Assembleia Nacional Constituinte, promessa, até aquele momento, não cumprida pelo governo central.

Nesse período, a então Secretaria do Tribunal permaneceu aberta para despachos de rotina com o Presidente Costa Manso, que em um de seus marcantes discursos destacou que "São Paulo não pegou em armas para combater seus queridos irmãos de outros Estados, nem para praticar a loucura de separar-se do Brasil, mas, unicamente, para apressar a volta do país ao regime constitucional".

De fato, a defesa da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito foi e sempre será a vocação do Tribunal de Justiça de São Paulo, permanecendo viva tal vocação como objetivo de todos os seus integrantes.

Por isso mesmo, sempre que posso, não me canso de enfatizar que o brasileiro de São Paulo pode e deve se orgulhar do Poder Judiciário de sua terra, constituído por mulheres e homens de valor, Magistrados e Servidores dedicados à causa pública e ao ofício de bem prestar a jurisdição.

E fique claro, neste Ano Judiciário que se inicia, que o fulcro desta gestão será a valorização das pessoas: Justiça feita por pessoas e para pessoas.

Inegável a premente necessidade de constante evolução na área da tecnologia da informação, com a incorporação de robôs e inteligência artificial às nossas tarefas diárias, o que, aliás, já estamos fazendo e aprimoraremos cada vez mais.

Todavia, nada, absolutamente nada, torna prescindível a intervenção do ser humano. É o homem – e não a máquina – que qualifica a relação harmônica entre os Poderes de Estado, a ser cada vez mais perseguida por mim, tanto no âmbito estadual quanto na esfera federal, e, em especial, no que diz respeito aos Tribunais Superiores e ao Conselho Nacional de Justiça, cujos membros cumprimento efusivamente na pessoa do seu Eminente Presidente, o Ministro Luís Roberto Barroso.

Acesso ao Sumário

Como já disse em outra ocasião, Executivo, Legislativo e Judiciário prestam, em última análise, um serviço público e, nesse mister, o relacionamento entre esses Poderes deve ser efetivo e eficaz, sempre em benefício do destinatário final do nosso trabalho: o cidadão de bem.

E, para tanto, é de extrema importância a mantença da independência do Poder Judiciário, como tem sido observado com muito respeito entre os Chefes de Poderes aqui no Estado de São Paulo, a servir de exemplo a todo o Brasil.

Rendo aqui minha homenagem ao Governador Tarcísio de Freitas e ao Deputado André do Prado, garantidores da relação amistosa e republicana existente entre nós.

Mas o Poder Judiciário tem que se firmar, cada vez mais, como vetor de valorização da cidadania, dando a cada um o que é seu.

Justamente por isso, dentre as inúmeras frentes de trabalho que já estão sendo abertas, ampliaremos nossa atividade no que toca à Infância e Juventude, dando força a projetos e programas já consagrados e a outros que surgirão; combateremos insistentemente a famigerada violência doméstica, incentivando parcerias com o Poder Executivo como, por exemplo, o premiado "Projeto Vida", já mencionado pelo nosso Governador. Conservaremos a exitosa ação de pagamento célere dos precatórios; agilizaremos a racionalização no trato da execução fiscal, que nos congestiona com milhões de processos sem a mínima viabilidade de um resultado factível; também lutaremos firmemente contra as demandas nitidamente predatórias, que consomem nossa força de trabalho e drenam recursos financeiros importantes.

Enfim, o Poder Judiciário estará sempre atento às necessidades da população e às alterações comportamentais da sociedade, de modo a prestar constantemente a melhor jurisdição, com rapidez e eficiência, tal como exige e merece o jurisdicionado de nosso Estado. Para tanto, tenham a certeza de que daremos, Magistrados e Servidores, o que há de melhor em nós, mesmo diante de uma elevada sobrecarga de trabalho que nos aflige diuturnamente.

Em função disso e reafirmando minha inabalável crença na Justiça, renovo, em meu nome e em nome dos membros do Conselho Superior da Magistratura, o compromisso de bem servi-la, assim como ao povo de São Paulo.

E é chegado o momento de externar a gratidão. A Deus, quaisquer que sejam os olhos que o encaram e o compreendem, agradeço pelo dom da vida e pelo privilégio de aqui estar, rogando, desde logo, por muita lucidez e humanidade em cada decisão a ser tomada.

Gratidão a todos os meus familiares, qualquer que seja o plano que habitem, pelo apoio perene e pelo amor incondicional que me dedicam. Aos meus pais, Rachel e Mariano, minha irmã e colega, Mariangela, meus sogros, Cleusa e Francisco, meu genro e também filho, Marcos, minhas netas, Maria Luisa e Maria Júlia, sobremesas das nossas vidas e certeza da continuidade, minha

Acesso ao Sumário

amada filha Fernanda, paixão à primeira vista e, especialmente, à minha esposa Lígia Cristina, meu esteio, voz da minha razão e amor de toda e para toda a vida.

E aos meus amigos queridos, colegas e irmãos de caminhada, expresso meu reconhecimento e eterna gratidão.

Por derradeiro, é das palavras de Paulo Bomfim, o Príncipe dos Poetas e apaixonado confesso por esta Corte de Justiça, que se extrai verdadeira lição de vida:

"Podemos respirar oxigênio, beber a água mais pura, comer as frutas mais saborosas, mas, pensando bem, o que nutre nossas células, dá calor a nossos músculos e vida a nosso espírito é esse fantástico alimento que se chama Esperança".

Conservemos viva, pois, a chama ardente da esperança que existe no coração de cada um de nós. Agradecendo por me ouvirem, declaro encerrada esta cerimônia solene de posse.

Muito obrigado.

RICARDO MAIR ANAFE (Desembargador)

Discurso proferido na "Posse Solene do Desembargador Francisco Carlos Inouye Shintate" (Cerimônia realizada em 29.02.2024).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, saúdo Vossa Excelência e todas as demais Autoridades que compõem a mesa.

Minhas Senhoras e meus Senhores.

Boa tarde.

De pronto cumpre agradecer ao Caríssimo Presidente pela missão a mim cometida, que honrado agradeço.

Acesso ao Sumário

Todas as cerimônias de posse deste mais que centenário Tribunal se iniciam com a leitura do compromisso, que marca o ingresso na carreira, como Juiz Substituto, ou, então, a chegada ao ápice da Justiça Estadual, como Desembargador. A promessa solene de cumprir com retidão, amor à Justiça, fidelidade às Leis e às instituições vigentes, os deveres do cargo, seja de Juiz, seja de Desembargador, é renovada a cada dia do Magistrado.

A posse solene como Desembargador é um importante rito de passagem, pois marca o final de uma etapa, o início de outra e, sobremaneira, uma vitória na carreira do Magistrado, que custou momentos difíceis, distância dos familiares, mesmo na presença, noites de dúvidas e intermináveis horas, dias, meses e anos de espera.

A celebração do triunfo faz parte do ritual da vida.

É no culto de atributos como a independência e a honradez que o Magistrado granjeia o respeito e a admiração da sociedade a que deve servir.

Nas palavras de Joseph Campbell: "Quando um Juiz adentra o recinto do Tribunal e todos se levantam, você não está se levantando para o indivíduo, mas para a toga que ele veste e para o papel que ele vai desempenhar. O que o torna merecedor desse papel é a sua integridade como representante dos princípios que estão no papel, e não qualquer ideia preconcebida a seu respeito." (*"The Power of Myth",* p. 25).

Integrar a mais alta Corte do Estado de São Paulo reclama o elevado espírito público, que sempre norteou este Tribunal Bandeirante, com fiel idealismo, coragem e sabedoria, que são os fundamentos maiores para a superação das dificuldades impostas pelos novos tempos, de forma a garantir a impoluta imagem do Tribunal de Justiça de São Paulo, seu prestígio e respeito que, desde tempos idos, sempre mereceu, merece e sempre merecerá.

Francisco Carlos Inouye Shintate, natural de Valparaíso/SP, tornou-se Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP – Turma de 1989; ingressou na Magistratura em 1990, assumindo, em 1991, como Juiz Substituto da 19ª Circunscrição Judiciária, com sede em Sorocaba. Seguiu exitosa carreira na Magistratura Paulista, como Juiz de Direito de Primeira Entrância, ainda em 1991, na Vara Distrital de Potirendaba, Comarca de São José do Rio Preto. Nos anos seguintes, novas entrâncias, novas cidades: como Juiz de Direito de Segunda Entrância, em 1992, na 3ª Vara da Comarca de Tatuí; Juiz de Terceira Entrância, em 1993, na Comarca de São Paulo; Juiz de Direito de Entrância Final, em 2006, na 5ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros, Comarca de São Paulo; em 2019 assumiu o cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau; promovido pelo critério de merecimento, em 06/12/2023, ao cargo de Desembargador.

Em 1994 tive o prazer e a honra de conhecer o Desembargador Francisco Shintate, à época Juiz Auxiliar da 7ª Vara da Fazenda Pública, da qual era Titular sua Excelência o Doutor Danilo Panizza, hoje Desembargador, que, a seu turno, não era dado aos encômios, mas quando se tratava do Juiz Auxiliar, era um verdadeiro pródigo nos elogios.

Com o tempo, bem conheci o Juiz Shintate e passei a fazer coro ao Caríssimo Danilo, porquanto aquele Juiz Auxiliar era um profissional exemplar e absolutamente dedicado à prestação jurisdicional, procurando sempre auxiliar os colegas e retratar o melhor caminho para a pacificação dos litígios, consoante os ditames da Lei e da Justiça, com peculiar sabedoria nipônica.

Francisco Shintate, com todos, sempre se revelou uma pessoa afável, calma e comumente prudente, sem se olvidar de sua lealdade e cavalheirismo impecáveis.

Acesso ao Sumário

Filho do Desembargador Paulo Sunao Shintate e da Senhora Kiyoko Inouye Shintate, sempre honrou os pais e, na carreira, em especial, o pai, Desembargador Paulo Shintate, notável Magistrado de lembrança permanente no Órgão Especial.

Nosso caríssimo empossando casou-se com Maria Alzira de Almeida Alvarenga, filha de Alzira Ferraz de Alvarenga e do Doutor Claudio Ferraz de Alvarenga – me permito abrir um parêntese: o Doutor Claudio, figura destacada na vida pública, é uma pessoa corajosa, pois me indicou para o concurso do Ministério Público, que acabei desistindo para tomar posse na Magistratura, que o resultado antes saíra, em rara oportunidade histórica.

O feliz matrimônio do Shintate e da Maria Alzira foi abençoado pelos filhos Rafael e Guilherme.

Sem sombra de dúvidas, nesse momento, Maria Alzira, Rafael e Guilherme e toda família estão, com toda razão, orgulhosos pelo triunfo do Shintate, que chega ao topo da carreira do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, sendo certo que o pensamento do meu colega e amigo Shintate agora se volta ao passado, com uma prece impregnada de agradecimento e comovida pela saudade de seus pais.

Senhor Presidente, o Tribunal de Justiça comemora a posse de um Ilustre Membro, sobejando alegria pela perpetuação de tudo aquilo que representa a Corte Paulista, dado que mais um nome é gravado nos pilares do Salão dos Passos Perdidos, que sustentam a memória da maior e melhor Corte brasileira.

Muitíssimo obrigado.

FRANCISCO CARLOS INOUYE SHINTATE (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua "Posse Solene no cargo de Desembargador" (Cerimônia realizada em 29.02.2024).

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em cuja pessoa peço vênia para saudar as Autoridades presentes e já nomeadas;

Ilustríssimo Doutor Ricardo Ferrari, representando a Digníssima Presidente da OAB SP, em cujo nome saúdo a Advocacia; Valorosos Servidoras e Servidores da Justiça, a quem cumprimento na pessoa de nossa Secretária Rosana Barreira; Minhas amigas, meus amigos.

Hoje é um dia de alegria. Trinta e três anos passados, aqui estamos onde tudo começou, em 11 de janeiro de 1991, com a posse do 160º Concurso de Ingresso da Magistratura.

Senhor Presidente, como já tive oportunidade de dizer, foi para mim uma honra ser empossado administrativamente pelo Excelentíssimo Desembargador Ricardo Mair Anafe, Presidente desta Corte no biênio 2022/2023, e é um privilégio ser empossado de modo solene e festivo por Vossa Excelência, perante o Colendo Conselho Superior da Magistratura do biênio 2024/2025. Traz-me tranquilidade saber que ocupam os cargos de Direção e Cúpula do Tribunal as melhores cabeças que conheci como Juiz Substituto, e que estamos em boas mãos.

É hoje, também, um dia de agradecimentos.

Gostaria de agradecer, em primeiro lugar, ao Altíssimo, que me conduziu e amparou durante toda a caminhada, pelas campinas verdejantes, no silêncio do deserto e através do vale das sombras;

A meus saudosos pais, Neusa e Paulo, que me deram amor e ensinamentos que trago comigo até hoje – não há um dia que passe e eu não pense em vocês;

A meus pais adotivos, Alzira e Cláudio, que me acolheram de braços abertos desde o primeiro momento. Meu sogro costuma dizer que a vida é uma máquina de moer gente. Todas as vezes em que estive preso nas engrenagens dessa roda, eles nunca me faltaram, sempre me acudiram – a vocês dedico admiração e amor filial;

A minha amada Zizi, companheira de vida. Acadêmica extraordinária, Presidente do Centro Acadêmico 22 de Agosto, abriu mão do brilho que lhe era reservado no Ministério Público, dedicando-se a casa e aos filhos para que eu pudesse me lançar em meus projetos profissionais – esta conquista é também sua, sem você eu nada seria;

A Rafael e Guilherme, jovens de inteligência e senso crítico desafiadores, minhas escusas pelas horas de convívio subtraídas por atividades jurisdicionais, administrativas, eleitorais e acadêmicas – vocês me trazem a certeza que a sua geração fará desde mundo um lugar melhor;

A minha família – avós e avôs, tias e tios, primas e primos, cunhadas e cunhados, sobrinhas e sobrinhos, noras, minhas irmãs Teresa Cristina e Maria Lúcia, e meu irmão Paulo Júnior – agradeço o apoio e o amor, sempre – vocês são parte importante de minha vida;

A minhas amigas e amigos de infância, de juventude e da academia; do 2º TAC, dos quadros do Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Eleitoral; Autoridades e Agentes Policiais das Polícias Civil, Militar e Federal; representantes do Ministério Público Estadual, Federal e Eleitoral; integrantes da nobre classe da Advocacia, da Defensoria e das Procuradorias; colegas da Justiça Estadual, Federal e da Família Eleitoral, minha gratidão por sua presença leal e constante, por sua amizade sincera e generosa.

Quantas horas durasse esta cerimônia, e não seriam bastantes para nomeá-los um a um; peço vênia para agradecer na pessoa de dois queridos amigos que

hoje não estão aqui: o Muniz (José Henrique Fortes Muniz Júnior) e o Paulinho Scartezzini (Paulo Jorge Scartezzini Guimarães) – vocês moram em meu coração.

Trinta e nove anos passados desde o ingresso na Faculdade do Largo São Francisco, trago comigo os mesmos questionamentos: o que é o Direito, o que é a Justiça, e qual é a missão do Jurista? Busco as respostas a cada dia, em cada processo que julgo, e o faço com o melhor de minhas forças, da melhor maneira possível. Tenho para mim que o braço da Justiça deve ser forte, para que a mão que empunha a caneta possa decidir com serenidade. Numerosas são as lições que aprendi ao longo da carreira, com todos os profissionais com que convivi: Servidores e Servidoras, Advogados e Advogadas, Promotores e Promotoras de Justiça, Magistrados e Magistradas.

Em nome da brevidade, peço licença para mencionar duas delas. A primeira, de meu sempre Presidente Ricardo Mair Anafe, amigo desde os anos 90, que em várias oportunidades destacou que a nossa missão é serviço: servir à população, entregar a prestação jurisdicional, proteger os direitos violados. A segunda, de meu sempre Presidente Paulo Dimas Debellis Mascaretti, a quem conheci ainda adolescente, e que sempre demonstrou, por ações, que o Direito é bondade.

O Magistrado deve atuar de modo sereno, com disciplina, amor à Justiça e coragem. Disciplina para conseguir organizar o infindável trabalho. Coragem para enfrentar os desafios que se põem à sua frente. Amor à Justiça para persistir apesar de todas as dificuldades. É preciso aplicar as normas do país de modo fraterno, é preciso defender, a todo momento, o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais.

Por fim, Senhor Presidente, rogo ao bom Deus que me conceda iluminação, para que a cada dia possa honrar o compromisso há trinta e três anos assumido, e nesta oportunidade renovado, sempre fiel a missão de cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis do país, a qualquer hora, e onde quer que eu esteja. Mais do que isto, que eu consiga levar Justiça a essa multidão de desventurados que, de outra maneira, não teria assegurado seu direito a uma existência digna e solidária.

E que, ao final da jornada, chegado o momento da travessia para o Elísio dos Juristas, eu possa dizer, com tranquilidade na alma: combati o bom combate, encerrei a carreira, guardei a fé.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido na "Posse Solene do Desembargador Francisco Carlos Inouye Shintate" (Cerimônia realizada em 29.02.2024).

Excelentíssimo Desembargador Artur Cesar Beretta da Silveira, Eminente Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, Digníssimo Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Ricardo Mair Anafe, meu amigo e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no biênio 2022/2023;

Excelentíssimo Desembargador Paulo Dimas Debellis Mascaretti, Eminente Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no biênio 2016/2017;

Excelentíssimo Desembargador Heraldo de Oliveira Silva, Digníssimo Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Eminente Presidente da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Silmar Fernandes, Eminente Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Militar Enio Luiz Rossetto, Digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Gilson Delgado Miranda, Digníssimo Diretor da Escola Paulista da Magistratura;

Excelentíssimo Desembargador Walter Barone, Vice-Presidente da União Internacional de Magistrados e Vice-Presidente da nossa Associação Paulista de Magistrados, representando o seu Presidente, Doutor Thiago Elias Massad;

Excelentíssimo Desembargador Federal Marcelo Vieira, representando o Tribunal Regional Federal da 3ª Região; Excelentíssima Desembargadora Rosangela Maria Telles, Digníssima Ouvidora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Artur Marques da Silva Filho, Presidente da Associação dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo e, para a minha honra, ex-Presidente da Associação Paulista de Magistrados;

Excelentíssima Juíza de Direito Ana Maria Brugin, Digníssima Presidente do Instituto Paulista de Magistrados;

Excelentíssimo Doutor Ricardo Ferrari, Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo, representando a sua Presidente;

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Doutor Antônio Carlos de Oliveira Freitas, Diretor de Produtos e Serviços da Associação dos Advogados de São Paulo, representando o seu Presidente;

Excelentíssimo Coronel PM Miguel Elias Daffara, Chefe da Assessoria Policial Militar do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Doutor Tiago Antônio Salvador, Digníssimo Delegado de Polícia Chefe da Assessoria Policial Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, representando o Delegado- Geral de Polícia;

Excelentíssimos Doutores Marcelo Salum e Marcos Soares Custódio, Delegados da Polícia Federal; Excelentíssima Doutora Giovanna Truffi Rinaldi, Diretora da Arpen, representando o seu Presidente;

Demais Autoridades, Desembargadores, Juízes de Direito, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Autoridades Civis e Militares, Familiares do empossando, Servidores da Justiça, Senhoras e Senhores.

Faço também uma saudação especial, ainda que em memória, ao Desembargador Paulo Sunao Shintate e a Dona Kiyoko Shintate, pais do nosso empossado.

E também à senhora Alzira Ferraz de Alvarenga e ao Doutor Cláudio Ferraz de Alvarenga, ex-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e Ex-Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que foi sempre um grande parceiro do Tribunal de Justiça de São Paulo.

E uma menção mais especial à Doutora Maria Alzira de Almeida Alvarenga e aos filhos Rafael e Guilherme, tenho certeza que são as razões de vida do nosso empossando.

Chegar ao posto mais alto da carreira de Magistrado não é para muitos, é para poucos. E como chegou o Desembargador Francisco Shintate é ainda mais raro. Dono de uma carreira brilhante, percorreu os rincões do Estado, como mencionou o Eminente Presidente Ricardo Anafe – mesmo porque depois dessa belíssima oração, nada mais me restaria falar.

Agradeço em nome de todos os Membros do Tribunal de Justiça.

A carreira do Doutor Shintate sempre foi destacada. Passou por diversas Comarcas, iniciou a carreira em Sorocaba, teve um trabalho brilhante à frente da 1ª Zona Eleitoral, servindo ao Tribunal Regional Eleitoral. Aliás, eu era Presidente da Seção Direito Criminal quando fui procurado pelo Doutor Shintate, que queria estruturar a 1ª Zona para receber os processos que baixavam por delegação de competência do Supremo Tribunal Federal, dada a preocupação em prestar uma jurisdição célere e de qualidade. Nós procuramos ajudá-lo, não sei se foi o suficiente.

Acesso ao Sumário

Sua Excelência sempre teve a preocupação de prestar o melhor serviço público possível com rapidez, eficiência e qualidade. É isso que distingue o nosso empossando de outros Magistrados. Ele é, realmente, um grande Magistrado.

Outro dia foi dito aqui, eu repito, quem sai aos seus, não degenera. O Desembargador Paulo Shintate era um exemplo de Magistrado. Então, não poderia haver desvirtuamento na cadeia de descendência. O nosso Francisco Shintate é o exemplo vivo. É o espelho do que foi o seu pai, Paulo Shintate.

Para mim, hoje, esta posse tem um triplo significado. O primeiro porque é a minha primeira posse. Esse primeiro ato se torna inesquecível. E por dois motivos ele é muito especial. Primeiro, por dar posse ao Magistrado do quilate de Francisco Shintate; e, segundo, por ter tido a oportunidade de assistir a locução do Desembargador Ricardo Mair Anafe, um exemplo de Magistrado, um exemplo de Administrador.

Se hoje muitas realizações eu estou podendo fazer em menos de dois meses de gestão, quero que saibam que tudo está sendo possível graças à organização administrativa do Doutor Ricardo Anafe. Eu só tenho, sempre, a agradecer e a ressaltar a sua dedicação, o seu comprometimento com a Magistratura de São Paulo e o Poder Judiciário Bandeirante.

Tem também um motivo muito especial, porque agora eu darei posse a vários Magistrados do 160º concurso, como disse o Doutor Shintate. Concurso da minha irmã também, Doutora Mariangela Torres Garcia. Então é motivo de tripla satisfação esta posse de hoje.

Faço votos, Shintate, que você seja muito feliz, continue sendo feliz na Magistratura, como foi até hoje. Nada obstante os percalços que a nossa carreira nos proporciona. Mas tenho certeza de que quem ganha hoje, mais do que você, mais do que o Tribunal de Justiça, é o jurisdicionado, é o brasileiro de São Paulo.

Seja feliz.

Meus parabéns.

Declaro encerrada esta sessão de posse.

Acesso ao Sumário